



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

RODRIGO DALVI SANTANA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E ASPECTOS
RELACIONADOS AO SIGILO DO ORÇAMENTO**

BRASÍLIA

2014

RODRIGO DALVI SANTANA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E ASPECTOS
RELACIONADOS AO SIGILO DO ORÇAMENTO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. João Resende Almeida
Oliveira.

BRASÍLIA

2014

RODRIGO DALVI SANTANA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E ASPECTOS
RELACIONADOS AO SIGILO DO ORÇAMENTO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. João Resende Almeida
Oliveira.

Brasília, de de 2014.

Banca Examinadora

Orientador

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho a todos que comigo conviveram durante os anos de 2010 a 2014. Em especial, à Lila e Rangel, responsáveis pela minha existência; à Roberta e Júnior, pela amizade e estímulo; à Milena e Juliana, pela parceria e solidariedade; à Mirna, Alessandra e demais colegas de trabalho, pela compreensão e suporte fundamentais; e, por fim, a Giordano e Rafael, pelo impulso inicial.

O presente trabalho também é dedicado ao Prof. João Resende Almeida Oliveira, pela atenção e auxílio despendidos durante o seu desenvolvimento.

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa os impactos da regra de sigilo do orçamento de referência elaborado pela Administração Pública no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Por intermédio de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, analisou-se, inicialmente, o arcabouço jurídico das licitações de maneira geral, desde o seu início até o advento do RDC. Posteriormente, a pesquisa centra-se em estudar o RDC propriamente dito, incluindo seu contexto de surgimento, as premissas básicas que o definem, as etapas necessárias à realização do procedimento e alguns de seus aspectos controversos. Por derradeiro, procedeu-se ao exame da regra do sigilo do orçamento, abordando sua previsão legal e finalidade. Em seguida, foram expostas críticas à inovação legal, bem como avaliados os impactos da regra, a partir da análise de seu comportamento no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Finda a análise, nota-se que o advento da regra não alcançou plenamente a finalidade pretendida, porquanto não coibiu o conluio entre licitantes. Não obstante, verifica-se que quando há, de fato, disputa entre os licitantes, esses tendem a oferecer descontos maiores quando desconhecem o valor orçado pela Administração.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Licitação. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Sigilo do Orçamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LICITAÇÃO	10
1.1 <i>Conceito, finalidade e objeto</i>	10
1.2 <i>Evolução Histórica da Legislação.....</i>	11
1.3 <i>Princípios constitucionais aplicados à licitação</i>	15
1.3.1 Princípio da igualdade.....	15
1.3.2 Princípio da legalidade.....	16
1.3.3 Princípio da impessoalidade	17
1.3.4 Princípio da moralidade	17
1.3.5 Princípio da publicidade.....	18
1.4 <i>Princípios específicos da licitação pública.....</i>	20
1.4.1 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	20
1.4.2 Princípio do julgamento objetivo	20
1.4.3 Princípio do sigilo das propostas	21
1.5 <i>Modalidades</i>	21
2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC	25
2.1 <i>Conceito, finalidade e objeto original do RDC</i>	25
2.2 <i>Objeto atualmente vigente do RDC.....</i>	27
2.3 <i>Objetivos, princípios e diretrizes do RDC</i>	29
2.4 <i>Fases do RDC.....</i>	33
2.4.1 Fase preparatória.....	34
2.4.2 Fase de publicação	40
2.4.3 Fase de apresentação das propostas.....	41
2.4.4 Fase de julgamento.....	43
2.4.5 Fase de habilitação	44
2.4.6 Fase de impugnações ou esclarecimentos	45
2.4.7 Fase de encerramento	46
2.5 <i>Aspectos controversos do RDC</i>	47
2.5.1 Inconstitucionalidade formal	47
2.5.2 Contratação integrada.....	49
2.5.3 Mecanismos de incentivo econômico	51

3 SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO NO RDC.....	52
3.1 <i>Previsão legal e finalidade.....</i>	<i>52</i>
3.2 <i>Críticas da doutrina</i>	<i>54</i>
3.3 <i>Impactos da medida no âmbito da jurisprudência do TCU.....</i>	<i>57</i>
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata de temática relativamente recente no âmbito do Direito Administrativo. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, também conhecido pela sigla RDC, foi instituído por meio da Lei 12.462 de 04 de agosto de 2011. Trata-se de modalidade de licitação cujo propósito original foi o de prover celeridade às contratações necessárias para o cumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, enquanto sede dos seguintes eventos esportivos mundiais: a Copa das Confederações FIFA 2013 (já realizada), a Copa do Mundo FIFA 2014 (já realizada) e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016.

A despeito da motivação inicial, o novo instituto de contratações públicas ampliou consideravelmente seu objeto, razão pela qual o novo diploma legal adquiriu maior grau de relevância no contexto da Administração Pública. Sua instituição passou a ser vista como uma possibilidade de mitigação da Lei 8.666/1993, na perspectiva de sua contribuição para a melhoria dos procedimentos administrativos de contratação da Administração Pública. Em especial, no tocante aos aspectos de eficiência, economicidade, e sustentabilidade.

A necessidade de estudo pormenorizado do instituto se apresentou de maneira bastante latente aos administrativistas. Por diversas razões. Inicialmente, a necessidade de se compreender o regime em si, tendo em vista a urgência de sua utilização e o pouco conhecimento de sua prática. Além disso, o estudo dos aspectos controversos identificados pela doutrina, dentre os quais se destacam: a constitucionalidade formal da lei; o advento da chamada contratação integrada, na qual a administração contrata projetos e sua correspondente execução num mesmo certame, tomando-se por referência inicial anteprojeto que o delineie e, não mais, um projeto básico; e a necessidade de que o orçamento de referência, elaborado pela Administração Pública para o estabelecimento de limite de custos do produto, seja sigiloso em algumas hipóteses de aplicação do RDC, prática essa, até então, inédita no âmbito das licitações públicas.

O presente trabalho propõe-se a discutir o último aspecto controverso citado. Antes, porém, faz-se necessário introduzir o assunto de forma cronológica. De início será lembrado o contexto histórico e evolutivo das leis aplicáveis às licitações públicas. Em seguida, se discorrerá, de forma sintética, sobre os valores essenciais

da Lei Geral de Licitações. Tais temas serão abordados no Capítulo 1.

O Capítulo 2 discorrerá sobre o RDC propriamente dito. Seu contexto de surgimento, as premissas básicas que o definem e as etapas necessárias à realização do procedimento. Por fim, serão abordados alguns aspectos controversos identificados pela doutrina.

No Capítulo 3 será discutido o sigilo do orçamento estimado pela Administração Pública. De início, se discorrerá sobre sua previsão legal e finalidade. Em seguida, pretende-se expor às críticas da doutrina junto à inovação legal, incluindo sua constitucionalidade. Finalmente, serão estudadas decisões jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União (TCU) com o fito de avaliar os impactos da inovação legal junto a tais casos julgados.

O cerne do presente projeto, portanto, está na análise sistêmica entre os objetivos pretendidos com a nova medida, a visão doutrinária e, ainda, os posicionamentos da jurisprudência do TCU ante a casos concretos para se vislumbrar conclusão quanto ao impacto do sigilo orçamentário instituído pelo RDC. Entende-se ser estratégica a avaliação do quão efetivo foram os resultados alcançados pela inovação legal.

A pesquisa utilizará o modelo dogmático instrumental com a finalidade de apresentar o maior número de posicionamentos doutrinários acerca do recente tema. Dentre os principais autores que serão pesquisados, destacam-se Maria Sylvia Di Pietro, Hely Lopes Meireles, Marçal Justen Filho, César A. Guimarães Pereira, Benjamin Zymler, Laureano Canabarro Dios, Egon Bockmann Moreira, Fernando Vernalha Guimarães, além de artigos publicados em revistas jurídicas. É conveniente a análise de artigos jornalísticos sobre a temática. Permeando a esteira de toda a discussão, todo o arcabouço legal vigente.

Sabe-se que o mote do novo procedimento de contratação é a necessidade de que a Administração Pública consiga imprimir maior velocidade na contratação e execução de obras e serviços. O atingimento desse fim é de suma importância para fazer valer o princípio da eficiência, positivado em nossa Constituição. Por outro lado, há necessidade de que seja obtida a melhor proposta para a Administração Pública sobre aspectos financeiros, ou seja, respeitando o princípio da economicidade.

Há, nesse contexto, um paradoxo, qual seja: reunir preços atrativos em situação na qual se deseja obter maior celeridade.

Outro aspecto relevante diz respeito ao princípio da publicidade. De fato, há inobservância ao princípio da publicidade com o advento do orçamento sigiloso? É preciso verificar quais são os objetivos de tal princípio para que haja convicção em se afirmar que este não é alcançado com o orçamento sigiloso no âmbito do RDC.

E mais: é preciso se certificar de que há quebra da competitividade entre os interessados em participar da licitação, sob pena de que tal inconstitucionalidade, se confirmada, não traga benefícios à administração, ou seja, seja tão somente mero preciosismo formalístico.

Há, ainda, outro ponto de vista a ser discutido, qual seja, o da efetiva coibição do conluio eventual entre os licitantes. É notório que uma das iniciativas do legislador para instituir o orçamento sigiloso, foi o de coibir a prévia combinação de propostas entre os licitantes. Resta, todavia, verificar a efetividade de tal iniciativa em casos concretos.

Verifica-se que o estudo do tema é de grande relevância para a Administração Pública, considerando que a constatação do sucesso, ou insucesso, do modelo pode nortear decisões de alteração legislativa visando o aperfeiçoamento do instituto. A complexidade de se chegar à conclusão definitiva sobre o assunto é justificada ao se constatar que há flagrante necessidade de contrabalancear princípios da Administração Pública que são de suma importância, quais sejam: eficiência e economicidade. Se, por um lado, é desejo de a Administração Pública contratar e obter determinado objeto com a maior brevidade possível, ou seja, com ganho de tempo, por outro, isso pode desencadear aumento de custos que se contrapõe à observância do princípio da economicidade.

Ao final do trabalho, pretende-se alcançar evidências que conduzam para uma conclusão sobre a conveniência em manter o orçamento de referência, elaborado pela Administração Pública, de forma oculta, até determinada fase do procedimento licitatório. Ademais, verificar se tal medida se traduz, de maneira pragmática, em resultados benéficos para o poder público, se comparada ao procedimento prévio que utilizava a Lei Geral de Licitações.

1 LICITAÇÃO

1.1 Conceito, finalidade e objeto

Cabe a Administração Pública realizar múltiplas tarefas, as quais objetivam, fundamentalmente, o alcance do interesse público. Para tanto, em muitas áreas de atuação, o exercício de tais atividades implica na necessidade de que o Poder Público conte com o auxílio de terceiros, firmando com estes contratos dos mais diversos. A título de exemplo, citam-se os contratos para realização de obras, compra, alienação ou locação de bens, prestação de serviços, execução de serviços públicos, dentre outros.

Desse modo, para que a Administração Pública possa celebrar contrato com terceiros, é necessária realização de procedimento administrativo formal, dotado de atos e fases próprias, que resultem da seleção da proposta mais vantajosa, dentre as oferecidas, para obtenção do produto de seu interesse. A esse procedimento, que leva à seleção e consequente contratação do terceiro, dá-se o nome de Licitação.

A obrigatoriedade de licitar está prevista na Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 37, XXI, *in verbis*:

“[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”¹

A Administração Pública não pode contratar livremente, pois deve observância ao princípio da isonomia e, ainda, ao princípio da moralidade administrativa. Tais postulados encontram-se implícitos no citado dispositivo constitucional.

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, também denominada Lei Geral de Licitações, regulamentou, em seus artigos 2º e 3º, o conceito e as finalidades da licitação, senão vejamos:

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

[...]

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”²

Tem-se que o art. 2º ratifica a obrigatoriedade de licitação prevista da CF/88, elencando as hipóteses que consistiriam de seus possíveis objetos, como sendo obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

O art. 3º, por sua vez, destaca três finalidades básicas a serem alcançadas com a realização do procedimento licitatório, quais sejam: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, nesta, por sinal, frisa-se a observância ao princípio da indisponibilidade do interesse público, e, finalmente, promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Por fim, pode-se conceituar Licitação, nos termos propostos por José dos Santos Carvalho Filho³, como sendo:

“[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”.

1.2 Evolução Histórica da Legislação

Consoante pesquisa de informações realizada por Adriana Maurano⁴, o primeiro procedimento administrativo inserido na legislação brasileira, com vistas à contratação de particulares para execução de serviços, foi o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, o qual aprovou o regulamento para as arrematações dos serviços do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Nele, percebe-se que, à

² BRASIL. *Lei 8666*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238.

⁴ MAURANO, Adriana. *A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4879/a-instituicao-do-pregao-para-aquisicao-de-bens-e-contratacao-de-servicos-comuns>>. Acesso em 27 mai 2014.

época, os termos “arrematação” e “concorrentes” seriam traduzidos hoje, por analogia, como sendo os termos “licitação” e “licitantes”, respectivamente.

Anos mais tarde, com o advento do Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, então responsável pela organização do Código de Contabilidade da União, houve a consolidação do procedimento, entre os artigos 49 a 53. Este, por sua vez, passou a ser denominado “concorrência”, em substituição ao termo “arrematação”. Importa ressaltar que no aludido decreto já havia expressa menção, no art. 52, §4º, ao fato de que o fornecimento de determinado produto caberia ao proponente que ofertasse o menor preço.⁵

O termo concorrência continuou sendo empregado em diversos Decretos posteriores. Ainda em 1922, foi editado o Decreto nº 15.783, o qual regulamentou a execução do Código de Contabilidade Pública. Nele, a concorrência pública e os contratos foram tratados no Título VII, artigos 736 a 802.⁶

Em 1957, foi editado o Decreto nº 41.019, responsável pela regulamentação dos serviços de energia elétrica. Na Seção II, denominada “das concorrências para a concessão”, tem-se em seu art. 71 que o “[...] Governo Federal poderá realizar concorrências públicas para o estabelecimento e exploração de serviços de energia elétrica [...]”.

Posteriormente, em 17 de março de 1964, foi aprovada a Lei 4.320 que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes da federação. Em seu art. 70, faz-se explícita menção à necessidade de observância do princípio da concorrência para que qualquer dos entes da federação possa realizar aquisição de materiais, fornecimento e a adjudicação de obras e serviços, os quais terão sua regulação em lei específica.⁷

A primeira menção ao termo licitação surge em 1964 por intermédio da Lei nº 4.401, responsável pela fixação de normas para licitação de serviços e obras e

⁵ MAURANO, Adriana. *A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4879/a-instituicao-do-pregao-para-aquisicao-de-bens-e-contratacao-de-servicos-comuns>>. Acesso em 27 mai 2014.

⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

aquisição de materiais no serviço público da União. Ela estabeleceu, ainda, que as licitações seriam procedidas por concorrência pública e concorrência administrativa. A diferença entre elas, à época, traduzia-se no fato de que a primeira se aplicava, como regra, a compras, alienações, serviços e obras ditas de maior vulto, superiores aos limites financeiros instituídos pelo decreto.⁸ A segunda se aplicaria a bens de menor valor, inferiores aos limites instituídos, e, ainda, para casos de emergência ou venda de bens inservíveis “[...] ou miudezas cuja diminuta importância não deva constituir objeto de concorrência pública [...]”.

As concorrências pública ou administrativa constituem as primeiras modalidades de licitação instituídas pela Administração Pública brasileira. Destaca-se a elevada subjetividade inserida nos dispositivos da concorrência administrativa, os quais denotavam elevada discricionariedade ao administrador em decidir qual dos modais deveria ser utilizado.⁹

Em 1965, o instituto da concorrência pública foi inserido na Constituição vigente (1946), por meio da Emenda Constitucional nº 15, gravando ao termo status de norma constitucional. Dois anos depois, com a edição do Decreto-Lei nº 200, foram instituídas novas modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços e convite. Já havia previsão do leilão, para os casos de alienação, e do concurso, para a elaboração de projetos. Contudo, esses dois últimos ainda não possuíam o status de modalidade de licitação.¹⁰

Quase vinte anos depois, surge o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal. Em seu art. 20, foram novamente instituídas as modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Assim, a partir de então, essas duas últimas adquiriam o status de modalidade de licitação.¹¹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a contratação de

⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

¹⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

¹¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

obras, serviços, compras e alienações, realizadas pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, passa a obedecer, como regra:

“[...] processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações [...]”¹²

O aludido dispositivo constitucional foi regulamentado com o advento da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública. A também denominada Lei Geral de Licitações revogou as disposições em contrário do Decreto-Lei 2.300/86 e encontra-se em plena vigência, tendo sido alterada parcialmente, ao longo dos anos, por diversas leis.

Importa destacar, ainda, importante alteração constitucional promovida pela Emenda 19, de 4 de junho de 1998, que redefiniu as competências para legislação de matéria afeta à licitação e contratação, em todas as modalidades. A Carta Magna outorga à União competência privativa para legislar sobre normas gerais da temática, com fundamento no art. 22, XXVII:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”¹³

Há que se destacar o advento da Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Em seu art. 15, preceitua que “serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público os atos de geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos artigos 16 e 17”. O art. 16, por sua vez, exige como condição prévia para a licitação e contratação, declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

¹² BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

¹³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

Outra importante alteração legislativa se iniciou no ano 2000, com a edição da Medida Provisória nº 2.026, posteriormente convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual instituiu a modalidade de licitação denominada Pregão.

Finalmente, em 4 de agosto de 2011, é aprovada a Lei nº 12.462, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) como nova modalidade de licitação. Este, também, tem sofrido diversas alterações, as quais serão objeto de exame específico no capítulo 2, tendo em vista ser esse regime a matriz da qual se extrai a análise pormenorizada proposta pelo presente trabalho.

1.3 Princípios constitucionais aplicados à licitação

A Lei Geral de Licitações prevê, no já citado art. 3º, elenco de princípios que deverão ser observados no procedimento da licitação. A partir da análise dos conceitos de alguns dos principais doutrinadores do Direito Administrativo, serão abordados, a seguir, os princípios essenciais aplicáveis à licitação, com destaque para o princípio da publicidade que guarda relação estreita com a temática objeto do presente trabalho. Ressalte-se que os princípios ulteriormente abordados referem-se ao procedimento da licitação.

Todavia, antes de adentrar a análise desses, importa registrar observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ no tocante ao fato de que a própria licitação constitui um princípio ao qual está vinculada a Administração Pública. Trata-se do princípio da licitação que é consequência do princípio da indisponibilidade do interesse público. Este último impõe à Administração Pública a necessidade de que seja escolhida a proposta que melhor atenda ao interesse público.

1.3.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade estabelece a incumbência à Administração Pública de realizar procedimento licitatório que confira tratamento isonômico a todos aqueles terceiros interessados em dele participar. Isso significa que, para todos os licitantes, deve-se assegurar igualdade de direitos. A competição deve-se dar em iguais condições, ou seja, a eventual vantagem oferecida a um, deverá ser extensível a

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

outro. Nota-se que, para que a Administração Pública escolha a melhor proposta, é cediça a necessidade de que o maior número de interessados seja obtido por intermédio do instrumento convocatório. Tal situação, por sua vez, só será possível com a definição dos critérios indispensáveis à habilitação dos interessados, sob pena de frustração do chamado caráter competitivo do procedimento licitatório.

A Constituição Federal de 1988 fundamenta este princípio quando assevera a necessidade de que o procedimento assegure “igualdade de condições a todos os concorrentes” (art. 37, XXI). Conforme salienta Di Pietro¹⁵, “[...] a Lei Geral de Licitações menciona o postulado por duas vezes, primeiramente como sendo um dos objetivos da licitação e, também, como sendo um dos princípios expressamente previstos [...]”.

1.3.2 Princípio da legalidade

Sabe-se que o princípio da legalidade norteia, de modo geral, toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública. Essa afirmação se justifica a partir de sua previsão como o primeiro dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição. Ao administrador é imperativa a necessidade de que sua atuação se dê conforme os ditames previstos na lei. Tal limitação visa à garantia de coibição de eventuais abusos por sua parte.¹⁶

No âmbito do tema licitação, tem-se que este possui, conforme conceito já exposto, procedimento formal, e, como tal, desencadeia sucessão de atos e fases que deverão ser, necessariamente, observadas pelo administrador que o execute. Deste modo, o administrador, ao observar as regras definidas em lei para consecução do procedimento, estará observando o princípio da legalidade.¹⁷

O princípio da legalidade está explícito no art. 4º da Lei nº 8.666/93, porquanto o dispositivo garante a todos aqueles participantes de licitação promovida pelos órgãos ou entidades da Administração Pública, o direito público subjetivo ao fiel cumprimento do procedimento licitatório estabelecido em lei, sob pena de sua eventual impugnação administrativa ou judicial.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 373.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

1.3.3 Princípio da impessoalidade

Esse princípio, explícito na Constituição Federal de 1988 (art. 37, caput), está umbilicalmente ligado aos princípios da legalidade e da igualdade. No âmbito da licitação, ele estabelece que o procedimento licitatório deve estar livre de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, ou seja, a neutralidade deve permear todo o procedimento. O administrador se curva à conduta imparcial, sendo defesa qualquer conduta que implique o atendimento a interesses outros que não se alinhem ao interesse público.¹⁸

O interesse público, e somente ele, deve orientar a conduta do Administrador. Ao observá-la, este garantirá o cumprimento do princípio da impessoalidade. Nesse sentido, ensina Hely Lopes Meireles¹⁹:

“[...] o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.”

1.3.4 Princípio da moralidade

A moralidade pública é atingida quando o administrador atua de forma ética, honesta, de boa-fé, com lisura e virtude. Destarte, todo o procedimento deve ser implementado pelo administrador respeitando-se tais condutas. Isso significa fazer valer, no âmbito da licitação, as regras da boa administração bem como o senso comum de honestidade.²⁰

Ressalte-se que aos licitantes também incumbe a observância do princípio da moralidade. A participação desses deve se dar de forma honesta e em respeito à limpa competição.

Ressalta Di Pietro²¹, *in verbis*:

“[...] a despeito de estar previsto na Constituição, o princípio da moralidade ainda encontra certa obscuridade e indeterminação ainda não completamente absorvidas pelo Direito. Por essa razão, infere que a

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 82

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 380.

menção ao termo probidade administrativa no art. 3º da Lei Geral de Licitações pode indicar a intenção, por parte do legislador, de clarificar as condutas probas, porquanto já existe lei específica que define os atos de improbidade administrativa. Estando, pois, o princípio da moralidade umbilicalmente ligado ao princípio da probidade administrativa, este último, com contornos melhor definidos no direito positivo, pode orientar na identificação de condutas ofensivas ao princípio da moralidade.”

1.3.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade guarda próxima relação com a temática discutida no presente trabalho, razão pela qual serão expostas diversas visões doutrinárias acerca de seu conceito.

Antes de tudo, há que se ressaltar sua previsão no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988 que assegura à Administração o dever de conduzir suas ações, como regra, devidamente amparadas pela publicidade.

Em diversos pontos da Lei 8.666/1993, o legislador fez expressa menção à necessidade de que seja cumprido o princípio da publicidade. Além da previsão do princípio no já citado art. 3º, § 3º, o mesmo dispositivo estabelece, que “[...] a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”

Percebe-se que o legislador veda ao procedimento da licitação, de forma geral, o caráter sigiloso. Em caráter de exceção, e, em momento específico, ter-se-á o sigilo quanto ao conteúdo das propostas, até a abertura de cada uma delas, com o fim de garantia da lisura do processo e igualdade de condições. Citam-se, a seguir, alguns aspectos que abordam a publicidade no âmbito da licitação.

Há previsão, na parte final no art. 4º, de que qualquer cidadão detém a prerrogativa de acompanhar o desenvolvimento do certame, condicionado a conduta compatível que não interfira ou comprometa a realização dos trabalhos.

O art. 16 ordena a Administração Pública que publique todas as compras realizadas, com a especificação do bem, preço unitário, quantidade, identificação do vendedor e o valor total da operação. O art. 21, por sua vez, estabelece regras de publicação dos avisos contendo o resumo do instrumento convocatório, além de eventuais modificações que porventura ocorram a posteriori.

Outrossim, há previsão no art. 34, §1º, de que a Administração Pública divulgue amplamente o registro cadastral de terceiros e realize, como mínimo anualmente, por intermédio da imprensa oficial e de jornal diário, chamamento público com o objetivo de atualizar os registros existentes e permitir o ingresso de novos terceiros interessados.

Outro aspecto relevante diz respeito à necessidade de que a abertura das propostas, com a respectiva documentação, seja realizada em ato público previamente agendado, com fulcro no art. 43, §1º.

O princípio da publicidade, portanto, tem duas finalidades precípuas. A primeira delas diz respeito a divulgação da licitação ao maior número de interessados possível. Tanto maior for o número de interessados, maior será a competitividade e, conseqüentemente, a chance de se contratar uma proposta ainda mais vantajosa. A segunda é demonstrar a todos os interessados, sejam eles os próprios licitantes ou a própria sociedade, que o procedimento licitatório está sendo conduzido de forma honesta, isenta para o alcance do interesse público.²²

Destaca Celso Antônio Bandeira de Mello²³ que mesmo as decisões de julgamento do certame deverão ser fundamentadas pelo administrador, sob pena de ofensa ao princípio da publicidade. Ainda nesse sentido, convém citar Hely Lopes Meirelles²⁴:

“[...] Não há de se confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em *ato público*; este poderá ser realizado em *recinto fechado* e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranquilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do *resultado do julgamento*, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis.”

É notório que a doutrina pátria considera a publicidade fator essencial de controle de transparência e de legalidade. Por conseguinte, é ato obrigatório da Administração Pública. Nesse sentido leciona Edmir Netto Araújo²⁵, *in verbis*:

“Não se olvida, ainda, que a publicidade obrigatória permite o controle de

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 283.

²⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 578.

legalidade dos atos praticados pela Administração Pública. Assim, o direito de questionamento dos atos praticados para garantia do devido processo legal administrativo, também é preservado e permite a eventual correção desses, seja pela própria Administração Pública, em exercício da autotutela administrativa, ou mesmo em âmbito judicial.”

1.4 Princípios específicos da licitação pública

Além dos princípios constitucionais (administrativos gerais), o procedimento licitatório deve observar princípios específicos presentes na Lei 8.666/93:

1.4.1 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

De início, cumpre esclarecer que o instrumento convocatório é documento por meio do qual a Administração convoca os interessados a participar da licitação. O gênero instrumento convocatório comporta duas espécies, quais sejam: edital ou carta convite. Esta última se verifica quando da realização de licitação por meio da modalidade convite. Para todas as demais modalidades previstas, ter-se-á o edital.

O sentido do princípio da vinculação ao instrumento convocatório encontra-se disposto no art. 41 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*, assevera que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

O instrumento convocatório pode ser considerado a lei interna da licitação, conforme enunciado por Hely Lopes Meireles²⁶. Por essa razão, a Administração Pública está adstrita às disposições nele constantes. Isso significa estar ela vinculada a todas as regras e critérios nele estabelecidos. O eventual descumprimento resulta da nulidade do procedimento. A propósito, os licitantes, da mesma forma, também deverão cumprir todas as premissas estabelecidas pelo instrumento convocatório, sob pena de desclassificação.

1.4.2 Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo assevera que os critérios de definição da proposta mais vantajosa para a Administração devem ser objetivos e,

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros.

necessariamente, precisam estar definidos no instrumento convocatório. Tem-se estreita relação entre este princípio e o da vinculação ao instrumento convocatório.²⁷

Significa que o administrador, responsável pela condução do certame, está vinculado à aplicação do que estabelece a lei da licitação. A observância desse princípio, consagrado de modo expresso no art. 45 da Lei Geral de Licitações, visa a garantia de um julgamento de propostas isento, imparcial e apoiado em critérios concretos previamente estabelecidos pela Administração Pública.²⁸

Destaque-se que, além do administrador, incumbe à própria Administração, na elaboração do instrumento convocatório, fixar elementos e contornos objetivos que permitam a justa valoração e classificação das propostas, pois o contrário pode desencadear o comprometimento da isonomia entre os participantes, bem como do equilíbrio e competitividade.

Importa salientar que o princípio do julgamento objetivo não se aplica às modalidades concurso e pregão, tal como estabelecido pelo mesmo dispositivo citado.

1.4.3 Princípio do sigilo das propostas

Com fundamento no parágrafo 3º do art. 3º da Lei 8.666/1996, no princípio do sigilo das propostas, a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Propostas devem ser apresentadas em envelopes lacrados, só abertos em sessão pública, para que seja viabilizada a competição entre os licitantes.

1.5 Modalidades

Modalidade significa o procedimento que irá reger a licitação. No art. 22 da Lei 8.666/1993 estão previstas cinco modalidades de licitação comumente utilizadas pela Administração Pública, quais sejam: concorrência, tomada de preços, concurso,

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

leilão e convite. Já na Lei 10.520/2002, está prevista a modalidade pregão.

Convite é a modalidade de licitação mais simples, utilizada na contratação com valores baixos. Utilizado para contratação de obras e serviços de engenharia em que o valor estimado seja de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e para aquisição de bens ou outros serviços até o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).²⁹

A carta convite deve ser oferecida a, no mínimo, três interessados no ramo, cadastrados ou não. O instrumento convocatório deverá ser fixado no mural da repartição pública pelo prazo mínimo de cinco dias úteis. Para os não cadastrados, há a hipótese de manifestar seu interesse no prazo de vinte e quatro horas que antecede a apresentação das propostas.³⁰

Outra modalidade de licitação é a tomada de preços, utilizada para contratações em que o valor estimado esteja entre R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para execução de obras e serviços de engenharia; e entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para aquisição de materiais e demais serviços.³¹

A principal característica dessa modalidade é que ela se destina a interessados devidamente cadastrados, sendo que este cadastramento se refere à análise prévia da situação da empresa, por meio da verificação de sua habilitação jurídica, de sua regularidade fiscal, de sua qualificação econômico-financeira, de sua qualificação técnica. Dessa forma, a modalidade é dividida em duas fases: na primeira fase serão analisadas as condições para sua habilitação e na segunda o licitante fornece sua proposta de preço.³²

A concorrência é a modalidade de licitação utilizada para contratação de grande vulto, com ampla publicidade, assegurada a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos no edital convocatório. Também utilizada

²⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

para contratações internacionais, para celebração de concessões, ou ainda, na realização de parceria público privada. Do mesmo modo, é utilizada, independentemente do valor estimado, para a compra ou alienação de bens imóveis, para as concessões de direito real de uso, de serviços ou de obras públicas, para os registros de preços e para as contratações em que seja adotado o regime de empreitada integral.³³

A referida modalidade destina-se às contratações de obras e serviços de engenharia em que o valor estimado esteja acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e aquisição de materiais e outros serviços em que o valor estimado esteja acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Convém esclarecer que para participar da tomada de preços e da concorrência o interessado deverá estar com a habilitação parcial atualizada no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, que constitui o registro cadastral do Poder Executivo Federal.

A modalidade leilão é aberta a qualquer pessoa, utilizada predominantemente para a alienação de bens móveis inservíveis ou venda de bens semoventes legalmente apreendidos pela Administração Pública, podendo participar quaisquer interessados. O processamento do leilão dar-se-á pelo comparecimento dos interessados em local e hora determinados em edital, para apresentarem seus lances ou ofertas, os quais não poderão ser inferiores ao valor de referência estipulado pela Administração.³⁴

O concurso é a modalidade de licitação aberta a qualquer interessado com finalidade única da Administração de selecionar trabalho técnico, científico, projeto arquitetônico ou artístico, ou seja, para trabalhos que exijam determinadas capacidades personalíssimas. Aqui cumpre evidenciar que qualquer interessado poderá participar da licitação, devendo somente atender as exigências do Edital. A contrapartida para o primeiro colocado é denominada prêmio ou remuneração.³⁵

Por fim, a modalidade Pregão, mais utilizada presentemente, instituída pela

³³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Lei 10.520/2002, é utilizada para fornecimento de bens e serviços comuns aplicáveis a qualquer valor estimado de contratação, sendo a modalidade alternativa ao convite, a tomada de preços e a concorrência. Diferentemente do que ocorre em outras modalidades, no pregão as propostas e os lances realizados pelos fornecedores antecedem a análise da documentação, sendo, em razão dessa peculiaridade, procedimento mais célere.³⁶

³⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

2.1 Conceito, finalidade e objeto original do RDC

O RDC consiste de nova modalidade de licitação, dotada de procedimento autônomo, que abrange a seleção e contratação do bem ou serviço desejado pela Administração Pública.

Foi instituído no Capítulo I da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, posteriormente regulamentada por meio do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro do mesmo ano. Tal como já mencionado no histórico evolutivo da legislação aplicável às licitações, o RDC é a mais recente matéria aprovada, nessa seara, pela Administração Pública.

A compreensão dos fatos que motivaram a aprovação do novo regime passa pela escolha do Brasil como sede de quatro importantes eventos esportivos mundiais: a Copa das Confederações FIFA 2013 (já realizada), a Copa do Mundo FIFA 2014 (já realizada) e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

A citada lei que instituiu o novo regime é resultado da Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011, e esta, por óbvio, de iniciativa do Poder Executivo. Tal iniciativa foi motivada, inicialmente, pela necessidade premente de prover celeridade e dinamismo às contratações e execuções dos empreendimentos necessários à viabilização dos eventos esportivos, sob responsabilidade da Administração Pública. Com o novo cenário de necessidades versus prazo definido, a redução do tempo de contratação pela Administração Pública se tornou ainda mais latente. A Lei Geral de Licitações, em contramão, seria excessivamente burocrática e pouco ágil para fazer frente aos prazos disponíveis.

Assim, em primeira redação, o art. 1º da Lei nº 12.462/2011 previa, *in verbis*:

“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes

da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
 III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.”³⁷

No tocante ao caráter excepcional da aplicabilidade do novo regime, faz-se necessário ressaltar o generalismo das hipóteses de sua incidência, consoantes termos descritos nos incisos I, II e III.

O inciso I refere-se a “Carteira de Projetos Olímpicos” que ainda não se encontrava definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO). Assim, a critério essa instituição, que é representada pelos Chefes dos Poderes Executivos dos entes federados, nos termos da Lei 12.396, de 21 de março de 2011, que constituiu a APO como consórcio público, poderiam ser acrescidos inúmeros projetos com a denominação “olímpicos”, conforme salienta Ricardo Barretto de Andrade e Vitor Lanza Veloso³⁸.

De forma análoga, o inciso II se reporta às obras públicas constantes da “matriz de responsabilidades” celebrada entre todos os entes federados, sem, novamente, explicitar quais seriam esses empreendimentos.

O inciso III que, em tese, seria o único deles com critério objetivo para definição da aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), não abarcou a totalidade de cidades necessárias, como bem argumentou Edmir Netto de Araújo³⁹, *in verbis*:

“No caso dos aeroportos, o inciso III, de péssima e controvertida redação, contemplaria, ao pé da letra, apenas aeroportos “das Capitais de Estados” distantes até 350 km das cidades-sedes dos Mundiais referidos. Todas as cidades-sedes, exceto Brasília, são Capitais de Estados, mas o mais importante aeroporto do País e o que demanda maiores obras e investimentos para atender o acréscimo de movimento que os eventos causarão, não se situa na cidade de São Paulo (nesta, só há o aeroporto de Congonhas e o Campo de Marte), mas em Guarulhos. Brasília, com aeroporto importante e como cidade-sede, não é Capital de Estado, mas do País. E saindo 350 km de qualquer cidade-sede, dificilmente não se entrará em outro município. A solução encontrada foi mencionar esses locais na

³⁷ BRASIL. Lei 12462. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/L12462.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

³⁸ ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. *Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 31-47.

³⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 641.

Matriz de Responsabilidade para cada Estado ou Município, com o aeroporto situado em tal limite da cidade-sede”.

Assim, nos termos da aprovação inicial da Lei nº 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) seria regime excepcional aplicável às circunstâncias tipificadas no art. 1º e, por essa razão, teria sua vigência limitada à conclusão dos eventos esportivos elencados no mesmo dispositivo. Contudo, sucessivas alterações vêm sendo realizadas, conferindo ao regime maior alcance e autonomia, e, com efeito, a mitigação da Lei Geral de Licitações.

2.2 Objeto atualmente vigente do RDC

O caráter inicialmente conferido ao instituto do RDC teve a finalidade de priorização das ações necessárias a realização dos eventos esportivos. Não se olvida que, de fato, tais eventos são de caráter atípico e a realização de ambos num mesmo país, e em período de tempo relativamente pequeno, é fenômeno raro. Isso, em tese, justificaria a adoção excepcional de novo regime que primasse pela rapidez.

No entanto, na contramão desse entendimento, foram editadas diversas medidas provisórias pelo Poder Executivo com a finalidade de ampliação do objeto do RDC. Percebe-se que a difundida impressão de que a Lei Geral de Licitações clama por reformas, suscitou no Poder Executivo a vontade de utilizar o novo regime para prover “reforma indireta” na Lei nº 8.666/1993, mitigando sua utilização.

A primeira suplementação do rol de hipóteses elencadas no art. 1º foi aprovada por meio da Lei nº 12.688/2012, com a inserção do inciso IV, que estendeu a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Ocorre que as ações do PAC compreendem relevante gama de investimentos do Poder Executivo. Assim, estender a aplicação do RDC a essas ações, significa não mais aplicá-lo em regime de exceção, posto que não há critérios objetivos que definam o modo de inclusão de determinada obra no âmbito do PAC. Nas palavras de Ricardo Barretto de Andrade e Vítor Lanza Andrade e Veloso⁴⁰, “[...] a primeira extensão escopo do

⁴⁰ ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vítor Lanza. *Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de*

RDC, na prática, tornou o regime aplicável a um conjunto de obras indefinível aprioristicamente, já que ampliável por mero ato administrativo”.

A segunda suplementação adveio da aprovação das Leis 12.722 e 12.745, ambas de 2012. A primeira lei incluiu o §3º no art. 1º, estendendo a aplicação do RDC às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. A segunda, por sua vez, incluiu o inciso V que prevê a utilização da modalidade para realização de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A última complementação do rol de hipóteses de aplicabilidade do RDC foi aprovada recentemente, por meio da Medida Provisória nº 630/2013, convertida na Lei nº 12.980, de 28 de maio de 2014, a qual inseriu as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Destarte, resta significativamente deturpada a finalidade excepcional que inicialmente motivou o advento do RDC.

Aliás, a intenção do atual Governo, idealizador do novo regime, era a de estender sua aplicação a toda e qualquer licitação da Administração Pública. Isso porque à Medida Provisória nº 630/2013, quando de sua tramitação no âmbito do Congresso Nacional, foi inserida essa significativa alteração de seu texto original por intermédio do Projeto de Lei de Conversão nº 1/2014, de autoria da relatora Senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR). Contudo, tal proposta foi rechaçada pelo Senado, razão pela qual se manteve a proposta original.

Assim, a redação atual do art. 1º da Lei nº 12.462/2011 prevê as seguintes hipóteses de aplicação do RDC:

“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 -

CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

[...]

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.”⁴¹

2.3 Objetivos, princípios e diretrizes do RDC

Os objetivos do RDC encontram-se dispostos no § 1º do art. 1º da Lei 12.642/2011:

“§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.”⁴²

Dentre os objetivos elencados na lei, há inovação apenas no que define o inciso I. A ampliação da eficiência nas contratações públicas, bem como na concorrência entre licitantes, pressupõe a necessidade de aperfeiçoamento da Lei 8.666/1993. Em complementação a essa visão, percebe-se que tal aperfeiçoamento está estreitamente ligado ao binômio tempo versus economia. Hely Lopes Meireles⁴³ define o princípio da eficiência como sendo “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. No caso do RDC, é evidente a busca do legislador em aumentar a velocidade do procedimento de licitações e contratações públicas. Daí porque foi enfatizada a melhoria da eficiência como um de seus objetivos.

⁴¹ BRASIL. *Lei 12462*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

⁴² BRASIL. *Lei 12462*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros.

A despeito da relevância da eficiência, não se olvida que ela não pode obstar o cumprimento das demais premissas do procedimento, em especial, a legalidade. A busca pela presteza deve ser harmonizada com as demais premissas do procedimento.

Os incisos II, III e IV, respectivamente, enfatizam a busca pela melhor proposta, o incentivo à inovação tecnológica e o tratamento isonômico. Os três aspectos já estão contemplados nas já citadas leis pregressas da matéria.

Os princípios, por sua vez, estão elencados no *caput* do art. 3º:

“Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.”⁴⁴

Em verdade, tais postulados se coadunam com os princípios gerais que regem a Administração Pública, como um todo. Não por acaso, já se falou deles de forma pormenorizada no capítulo anterior, à exceção do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, inovação no procedimento licitatório trazida pela Lei 12.349/2010 consubstanciado no art. 3º da Lei de Licitações, *in verbis*:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”⁴⁵

O referido princípio, apesar de novo no âmbito do procedimento licitatório, não causa espanto para a Administração Pública ou para os Operadores do Direito, haja vista ser decorrente do Texto Constitucional de 1988 e, ainda, objeto de atenção e de incorporação nas políticas públicas nos mais diversos setores. Do ponto de vista da norma constitucional, podem ser destacados os textos dos arts. 3º, inciso II, 170, inciso VI e art. 225, todos da Carta Magna.

De igual sentido, o universo legal infraconstitucional prevê de forma reiterada

⁴⁴ BRASIL. Lei 12462. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

⁴⁵ BRASIL. Lei 8666. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, destacando-se os seguintes dispositivos: art. 10, inc. VII da Lei nº 1.079/2004 – Lei das Parcerias Público-Privadas; art. 4º, incs. I a VII da Lei nº 6.938/1981 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente; art. 72, §8º, inc. V da Lei nº 9.605/1998 - Lei Ambiental; art. 24, inc. XXVII da Lei 8.666/1993 - Lei de Licitações, dentre outros.

Há de se ressaltar que no âmbito do RDC alguns princípios poderão se encontrar em posições opostas em determinada situação fática. Nela, o administrador deverá exercer o competente juízo de ponderação com o objetivo de viabilizar a máxima compatibilização possível dos valores envolvidos.

Destaca-se, também, a relevância do princípio da publicidade no âmbito do RDC. Como já mencionado, a Lei 8.666/1993, em seu art. 3º, já estabelecia a necessidade de divulgação do procedimento a todos os interessados, e também dos atos praticados pela administração durante o seu desenvolvimento. A amplitude da divulgação do certame interfere de maneira significativa no volume de interessados em dele participar. No Novo Regime, de igual maneira, o princípio possui relevância. Houve controvérsia, no entanto, quanto à inovação relativa ao sigilo do orçamento, necessário em determinadas formas de julgamento da melhor proposta. A presente questão será abordada no próximo capítulo.

As diretrizes a serem seguidas na aplicação do RDC estão esculpidas no art. 4º da Lei 12.462/2011, *in verbis*:

“Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.”⁴⁶

É notória a preocupação do legislador em destacar a importância da padronização no âmbito do RDC (vide incisos I e II). Não obstante tal preocupação já tivesse sido mencionada na Lei 8.666/1993 (artigos 11 e 15), no RDC, ela ganhou ênfase. A padronização busca a simplificação do procedimento com consequente redução de sua duração temporal, corroborando, assim, para o objetivo já destacado, qual seja a ampliação da eficiência.

No inciso III, tem-se que a escolha da melhor proposta para a Administração Pública não se cingirá ao custo do fornecimento do bem ou serviço. Há preocupação de que o administrador adote visão sistêmica, porquanto devam ser levados em consideração custos indiretos, tais como de manutenção, depreciação econômica e desfazimento de bens. Sobre a tendência, cabe aqui destacar avaliação de Zymler e Dios⁴⁷:

“Trata-se de procedimento já adotado no setor privado, mas sem aplicação até agora no setor público diante da falta de previsão legal. Assim, quando da aquisição de determinado equipamento, poderão ser trazidos para o valor presente os gastos estimados com manutenção e/ou operação – v.g., consumo de combustível – durante determinado período de tempo e adicionados ao custo de aquisição. Ganhará a licitação pelo menor preço aquele produto que apresentar o menor resultado da soma do valor de aquisição e custos de manutenção/operação. Ou seja, paradoxalmente, aquele cujo custo de aquisição é menor poderá ser menos vantajoso economicamente em razão dos custos elevados de manutenção/operação.”

Devem ser considerados, ainda, aspectos econômicos, sociais e ambientais. A Lei Complementar 123/2006, em seu art. 44, garante a preferência de contratação às microempresas e empresas de pequeno porte, nos casos de empate. Assim, esse critério de desempate é uma das medidas pelas quais o legislador reconheceu o papel do Estado na utilização de seu poder de compra como instrumento indutor do desenvolvimento econômico, social e ambiental.

É preciso salientar, todavia, que esse papel do Estado pode desencadear junto ao procedimento de licitação ou contratação a redução da economia da administração. Entende-se que qualquer requisito indutor da redução do universo de fornecedores de determinado bem ou serviço contribuirá, inevitavelmente, no

⁴⁶ BRASIL. *Lei 12462*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

⁴⁷ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 38.

incremento dos preços. Não que essa medida seja de todo maléfica. Para tal avaliação, o administrador deverá sopesar prós e contras na situação posta e exercer o necessário juízo de conveniência e oportunidade.

Por certo, há linha tênue separando o que podemos considerar incentivo ao desenvolvimento econômico, social e ambiental; e o eventual prejuízo financeiro para a administração. É temerário, ainda, que tais incentivos possam servir de sustentáculo para tomada de decisões de cunho pessoal o que, nesse caso, caracterizaria flagrante afronta ao princípio da impessoalidade.

O inciso V destaca que, sempre que possível, deve-se privilegiar os fornecedores existentes no local de execução contratual. Trata-se aqui, também, de medida de incentivo à economia local. Na visão de Benjamim Zymler⁴⁸ e outros, tal medida é de difícil operacionalização, tendo em vista que este critério pode ensejar acréscimo significativo dos custos da contratação. Como a lei não estabeleceu a forma pela qual essa diretriz será implementada, cabe ao administrador, mais uma vez, a avaliação discricionária de sua viabilidade prática. Os autores sugerem, convenientemente, que tal orientação seja aplicável de forma mais acertada como eventual critério de desempate entre concorrentes, tal como já exemplificado.

Importa destacar, ainda, o que assevera o inciso VI. Trata da diretriz de que o objeto seja parcelado, sem que isso desencadeie a perda da economia de escala. Essa avaliação administrativa não é simples. A ideia de parcelamento do objeto visa fomentar a competição entre os interessados no certame o que, em consequência, poderia resultar em maior disputa (em tese) e maior redução nos preços ofertados. A forma pela qual o objeto é parcelado, contudo, não poderá prejudicar eventuais ganhos de eficiência inerente ao objeto que levam à prática de preços inferiores. Na prática, tem-se que o parcelamento se dá mais por critérios de experiência prática do administrador, do que por estudos técnicos que o justifiquem.

2.4 Fases do RDC

Em continuidade ao exame do RDC, passa-se, agora, ao destaque de suas fases, quais sejam: preparatória, publicação, apresentação das propostas,

⁴⁸ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

julgamento, habilitação, impugnações (ou esclarecimentos) e encerramento. Far-se-á análise individualizada das aludidas fases com vistas à compreensão detalhada de cada ato do procedimento.

2.4.1 Fase preparatória

Na fase preparatória, chamada pela doutrina de fase interna da licitação, o administrador irá elaborar todos os atos e expedirá os documentos imprescindíveis à caracterização do objeto que será licitado. Além disso, procederá à definição dos parâmetros do certame, tal como assevera o art. 4º do Decreto nº 7.581/2011. Nesse contexto, deve-se adotar a maior cautela possível, considerando que o sucesso da contratação e o consequente recebimento do produto esperado pela Administração Pública dependem da adequada realização do procedimento.

Na fase interna, compete ao administrador a elaboração necessária dos seguintes documentos: justificativa da contratação e adoção do RDC, caracterização do objeto, estimativa do valor pecuniário, requisitos de habilitação, definição do procedimento da licitação, minuta do instrumento convocatório, designação da comissão de licitação e pareceres jurídicos.⁴⁹

A necessidade de justificativa de utilização do RDC pelo administrador encontra-se positivada no inciso I, art. 4º do Decreto nº 7.581/2011. Tal dispositivo ensejou algumas divergências de interpretação. Inicialmente, cogitou-se a necessidade de que a justificativa da utilização do instituto desencadeasse estudo pormenorizado das variáveis técnicas que subsidiaram a escolha. Essa primeira hipótese foi descartada em razão da demasiada burocracia que se verificaria com a necessidade do estudo. Em uma segunda vertente interpretativa, cogitou-se que tal justificativa poderia cingir-se às situações nas quais se busca o procedimento mais célere e mais vantajoso para a Administração. Esse, também, não se justificaria considerando que toda e qualquer licitação deve primar pelo alcance desses objetivos. Por fim, a interpretação conciliadora consignou que tal dispositivo estaria plenamente atendido quando estivesse demonstrado o enquadramento da

⁴⁹ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

contratação nas hipóteses previstas na Lei 12.462/2011.⁵⁰

A caracterização do objeto deve ser procedida de forma clara e precisa no instrumento convocatório, conforme assevera o art. 5º da Lei 12.462/2011. Significa definir as necessidades da Administração. Há que se destacar o que dispõe a parte final do caput do mesmo dispositivo: “vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”. A frase ressalta que, a despeito da necessidade de que a descrição do objeto deve se dar de forma clara e precisa, não se pode deixar de imprimir cautela nesse tocante, afim de que se equilibrem o número de exigências. Sabe-se que quanto maior o número de exigências, menor será a competitividade e o interesse de eventuais participantes no certame. Ao mesmo tempo, poucas exigências podem levar a produtos de qualidade inferior. Dessa forma, o administrador deve sopesar todos os aspectos inerentes ao objeto da licitação e calibrar o número de exigências e especificações com vistas ao atendimento do que exige a lei. O grande desafio é distinguir o que é característica necessária ao bem do que é característica dispensável a ele.⁵¹

A descrição do objeto deve ser clara e precisa, pois aqueles potenciais interessados em participar da licitação não podem ter dúvidas quanto ao que espera a Administração. Da mesma forma, os quantitativos envolvidos na contratação também precisam ser previstos de forma justificada. Para tanto, é desejável que a Administração utilize como substrato o histórico de consumo do objeto ao longo do tempo. No mesmo contexto, devem-se definir prazos para entrega e condições do produto, tal como previsto no inciso XI, art. 8º, do Decreto regulamentar.⁵²

Incumbe, ainda, à definição do objeto, eventuais especificações atinentes a sua padronização, utilização de insumos de mão de obra local, bem como requisitos de sustentabilidade ambiental, conforme asseveram os incisos I, III e V do art. 4º da lei. Importa também destacar a pertinência de que sejam realizados estudos sobre a viabilidade de parcelamento do objeto com o objetivo de permitir a ampla

⁵⁰ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵¹ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵² ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

participação dos licitantes.⁵³

A depender do tipo de produto que será objeto de contratação, há nuances e adaptações que deverão ser observadas pelo administrador. No caso de contratação de serviços em geral, será utilizado o instrumento do termo de referência. Se, no entanto, tratar-se de obras e serviços de engenharia, o instrumento adequado é o projeto básico ou executivo.⁵⁴

No tocante a estimativa do valor pecuniário, verifica-se a necessidade de cumprimento do princípio da economicidade, positivado no caput do art. 70 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a lei do RDC prevê a desclassificação das propostas que apresentarem preços superiores ao orçamento estimado pela Administração que, por sua vez, deve levar em consideração, em sua elaboração, variáveis outras, tais como: o prazo para entrega do bem ou prestação do serviço, o local da execução contratual, dentre outras, pois estas influenciam diretamente no custo global do objeto.⁵⁵

Ressalte-se que a Administração já dispõe de sistemas oficiais de referência nos quais a estimativa do custo e elaboração do orçamento é realizada com menor dificuldade. Tais sistemas, inclusive, gozam de presunção relativa de adequabilidade. Contudo, em situações fáticas de caráter excepcionalíssimo, é possível que, com a demonstração técnica pertinente, seja constatada a inadequação do sistema de referência em face de realidade de mercado específica. Em sendo assim, poderá ser aplicado custo distinto daquele definido pelo sistema oficial. Para as contratações cujo objeto não disponha de sistema oficial de referência, caberá à Administração realizar pesquisa de preço e obtenção de, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos.⁵⁶

Outro documento de grande relevância na fase preparatória é a descrição dos requisitos de habilitação dos licitantes. A importância da habilitação se dá na

⁵³ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵⁴ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵⁵ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵⁶ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

medida em que afasta aqueles eventuais licitantes que não detenham condições de cumprir, adequadamente, o objeto a ser contratado. A habilitação, no entanto, não pode servir de meio para restringir a concorrência. Não se olvida a importância de que apenas aqueles licitantes aptos a entregar o objeto deverão estar autorizados a participar do certame. Contudo, de acordo com o princípio da impessoalidade, os requisitos para a seleção dos contratados devem ser estabelecidos mediante critérios objetivos previstos em lei.⁵⁷

A habilitação também funciona como indutora de boas práticas socioeconômicas ao vedar a contratação com empresas que eventualmente estejam em situação irregular perante o fisco.⁵⁸

O art. 14 da Lei 12.462/2011 estabelece que seja aplicado, no que couberem, os critérios de habilitação previstos na Lei 8.666/1993, em seus artigos 27 a 33. Apesar de boa parte dos requisitos de qualificação estarem elencados nos referidos dispositivos, outros podem ser estipulados. Em essência, tais requisitos devem ser técnicos e econômico-financeiros. Não é tarefa fácil para o administrador a calibragem desses requisitos, pois eles podem contribuir tanto para reduzir a competitividade do certame, quanto para caracterizá-lo como excessivamente permissivo, sob pena de não se contratar com licitante que detenha condições de entregar o objeto esperado pela Administração. Recomenda-se que as restrições habilitatórias incrementais se deem no estritamente necessário.⁵⁹

Quanto à definição do procedimento da licitação, tem-se que ele poderá ser presencial ou eletrônico. No instituto do RDC, por sua característica de objetivar o aumento da celeridade e eficiência das contratações públicas, há a preferência pelo pregão, considerando que a modalidade presencial, por vezes, impede a participação de diversas empresas interessadas, contribuindo, assim, para redução da competitividade. Entretanto, caso haja justificativa, o procedimento presencial poderá ser mantido.⁶⁰

⁵⁷ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵⁸ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵⁹ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁶⁰ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª

O modo de disputa também deve ser definido e poderá ser aberto, fechado ou combinado. No modo aberto, utilizado tradicionalmente na modalidade pregão, os licitantes apresentam propostas sucessivas e públicas com o fim de superar as propostas já divulgadas pelos outros proponentes. O modo fechado, por sua vez, ocorre tradicionalmente nos certames da Lei 8.666/1993, quando os licitantes apresentam suas propostas sem terem conhecimento das propostas dos demais licitantes. Por último, o modo combinado consiste no início da disputa por um dos modos, a seleção das três melhores propostas e a continuação da disputa por outro modo.⁶¹

Ao administrador incumbe, também, a elaboração do instrumento convocatório. A correta elaboração do instrumento convocatório é decisiva para o atingimento do objetivo do procedimento. Para tanto, o administrador deve elaborar a minuta de edital, com clareza e precisão, justificando a necessidade do objeto a ser contratado, estabelecendo as exigências que deverão ser cumpridas pelos licitantes e, ainda, descrição de como ocorrerá o procedimento. É preciso, ainda, que o administrador atente-se para a necessidade de que conste, no instrumento convocatório, disposições legais que facilitem a compreensão, pelos licitantes, os quais, eventualmente, podem não estar plenamente familiarizados com a sua formalidade e realização.⁶²

Demais disso, há requisitos mínimos de validade do instrumento convocatório, consoante dispõe o art. 8º do Decreto regulamentador do RDC, do qual se extrai, a título exemplificativo, os incisos I a VII:

“Art. 8º O instrumento convocatório definirá:

I - o objeto da licitação;

II - a forma de execução da licitação, eletrônica ou presencial;

III - o modo de disputa, aberto, fechado ou com combinação, os critérios de classificação para cada etapa da disputa e as regras para apresentação de propostas e de lances;

IV - os requisitos de conformidade das propostas;

V - o prazo de apresentação de proposta pelos licitantes, que não poderá ser inferior ao previsto no art. 15 da Lei no 12.462, de 2011;

VI - os critérios de julgamento e os critérios de desempate;

edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁶¹ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁶² ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VII - os requisitos de habilitação;[...]"⁶³

Além desses, destacam-se como elementos necessários ao instrumento convocatório: o termo de referência, anteprojeto de engenharia, projeto básico ou executivo, conforme o caso; a minuta de contrato; o acordo de nível de serviço; e as especificações complementares e normas de execução. Comparativamente à Lei 8.666/1993, o RDC inovou ao incluir como anexos do edital o “acordo de nível de serviço”, o “anteprojeto de engenharia”, o “termo de referência”, e, ao excluir a obrigatoriedade de sempre o orçamento constar como anexo ao edital. Em face da robustez dos citados documentos, há a possibilidade de que alguns deles não constem do edital, considerando que esse deve primar pela objetividade e clareza.⁶⁴

Importa registrar que toda e qualquer alteração do instrumento convocatório enseja, como regra, a reabertura do prazo para a apresentação de propostas, com fulcro no § 4º do art. 15 da Lei nº 12.462/2011 e no § 5º do Decreto nº 7.581/2011. Por óbvio, a aludida alteração deve ter o condão de afetar o julgamento das propostas. Com a reabertura dos prazos, garante-se a todos a oportunidade de reavaliarem suas propostas às novas regras do instrumento convocatório. Tal procedimento também garante àqueles que inicialmente não se interessaram a faculdade de reavaliar suas decisões e reingressar, se desejado, na condição de licitantes, tendo em vista as novas condições reguladas pelo edital.

Em situações nas quais não se verificar alteração substancial, não será necessária nova publicação. O juízo de proporcionalidade do administrador deverá ser exercido afim de que seja atestada a real necessidade da nova publicação. Não se pode olvidar que a republicação com a consequente reabertura dos prazos contribui prejudicialmente para a celeridade do procedimento e, por consequência, no comprometimento do princípio da eficiência.⁶⁵

A circunstância traduz flagrante confronto entre os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do formalismo moderado. Deve-se ter em mente que

⁶³ BRASIL. *Decreto 7581*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em 30 jul 2014.

⁶⁴ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013

⁶⁵ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013

o edital não constitui um fim em si mesmo, pois objetiva atingir sua finalidade, qual seja, de assegurar a contratação mais vantajosa para Administração, sob igualdade de disputa entre os licitantes.⁶⁶

2.4.2 Fase de publicação

A publicação é a fase do procedimento licitatório que caracteriza o início de sua fase externa. A partir dela, os administrados passam a ter conhecimento formal da intenção da administração em contratar com o particular com a finalidade de obter determinado produto ou serviço.⁶⁷

Ressalte-se que o ato de publicação do instrumento convocatório não esgota o atendimento ao princípio da publicidade, pois ele possui alcance mais amplo, porquanto seu atendimento envolve outros atos que objetivam revestir o procedimento público da devida transparência que, por sua vez, permite o controle pela sociedade e pelos órgãos e entes públicos de controle interno e externo.

Não se olvida, contudo, a possibilidade de que, em determinados casos, em prol da segurança da sociedade e do Estado, sejam preservadas em sigilo determinadas informações, sem prejuízo do cumprimento essencial das finalidades nucleares da licitação.⁶⁸

A forma pela qual o instrumento convocatório realizado pelos ditames do RDC será publicado deve estar segundo os termos dispostos no art. 15, §1º, da Lei 12.462/2011:

“Art. 15 [...]

§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na

⁶⁶ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁶⁷ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁶⁸ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

rede mundial de computadores.”⁶⁹

O dispositivo legal imprime caráter de dever cumulativo quanto à divulgação do certame por meio do Diário Oficial do ente federado e, também, por meio de sítio eletrônico, sendo este último mais um aspecto inovador do instituto do RDC. Por consequência, vem se afastando a necessidade de publicação do certame em jornal diário de grande circulação. É que, a publicação em sítio eletrônico oficial suplanta aquela necessidade, considerando o elevado alcance da publicidade em meio eletrônico que é mais barata e de caráter contínuo. A divulgação em mídia impressa, por sua vez, além de dispendiosa, é momentânea, posto que se dê por período específico contratado junto ao jornal de grande circulação. Destarte, por todo exposto, a prática da divulgação das licitações por sítio eletrônico será cada vez mais comum. Trata-se de processo irreversível.⁷⁰

Em caráter excepcional, para licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras, ou, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, a publicação do certame no Diário Oficial do ente federado é dispensada, exatamente como já está instituído pela Lei Geral de Licitações. Porém, tal caráter de exceção se estende à publicação do procedimento em meio eletrônico. A dispensa de publicação nos Diários Oficiais mostra-se razoável, pois objetiva reduzir os custos decorrentes de publicação em mídia impressa.⁷¹

2.4.3 Fase de apresentação das propostas

Feita a publicação do instrumento convocatório, é necessário destacar quais são os prazos para apresentação de propostas aplicáveis aos diversos tipos de objeto e critérios adotados em determinada licitação a ser realizada no âmbito do RDC. Eles encontram-se dispostos nos incisos I a IV do art. 15 da Lei nº 12.462/2011.

⁶⁹ BRASIL. *Lei 12462*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 30 de jul. 2014.

⁷⁰ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷¹ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

No caso de aquisição de bens, os licitantes possuem até 05 (cinco) dias úteis para apresentação das propostas, desde que os critérios de julgamento sejam pelo menor preço ou pelo maior desconto. Para as demais situações, o prazo é de 10 (dez) dias úteis. Para contratação de serviços e obras, verifica-se o prazo de 15 (quinze) dias úteis, aplicável ao critério de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto. Para as demais situações, o prazo aplicável é de 30 (trinta) dias úteis. Na hipótese de licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta, tem-se o prazo de 10 (dez) dias úteis. Finalmente, para as licitações com critério de julgamento técnica e preço, ou, pela melhor técnica em razão do conteúdo artístico, tem-se o prazo de 30 (trinta) dias úteis.⁷²

A contagem do prazo para apresentação de propostas pelos licitantes se inicia a partir do primeiro dia útil após a data de publicação do certame. A data de publicação, por sua vez, é a mais recente entre a divulgação, seja no sítio eletrônico, na publicação do Diário Oficial ou em jornal de grande circulação. O fim do prazo se dá, necessariamente, em dia útil.⁷³

A apresentação das propostas propriamente é o que caracteriza de disputa da licitação. Há previsão dos modos de disputa aberto, fechado ou combinado.

O modo de disputa aberto é similar ao sistema de Pregão. Os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, a depender do critério de julgamento adotado pela Administração Pública. Na disputa fechada, similar ao que é praticado no âmbito da Lei Geral de Licitações, as propostas apresentadas pelos licitantes somente são divulgadas no momento designado no procedimento. E é nele que se identificará o vencedor da disputa. Por fim, no modo de disputa combinado, há mescla dos procedimentos que ocorrem cumulativamente, independentemente de qual seja a ordem definida, ou seja, tanto pode ser iniciado pelo modo fechado e finalizado pelo modo aberto, quanto o contrário.⁷⁴

⁷² ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷³ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷⁴ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Sobre a escolha do procedimento pela Administração Pública, destaca-se ponderação de Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios:

“Em princípio, não se pode afirmar qual modo de disputa é mais eficiente para ampliar a competitividade do certame. A experiência da apresentação de lances no modo de disputa aberto na modalidade pregão na forma eletrônica vem apresentando bons resultados, no sentido de serem propiciadas ofertas mais vantajosas para a administração. Assim, é positiva a ampliação do âmbito de aplicação desse procedimento, podendo-se combiná-lo ou não com a apresentação de propostas fechadas”⁷⁵

2.4.4 Fase de julgamento

Findo o prazo para apresentação das propostas, passa-se ao procedimento que leva ao julgamento de qual delas é a vencedora. Os parâmetros que serão utilizados para definição da proposta vencedora devem estar definidos no instrumento convocatório. Assim, estão vedadas quaisquer vantagens não previstas inicialmente. Toda e qualquer alteração ocorrida após a publicação do certame enseja a sua nulidade e reabertura de todos os prazos procedimentais.⁷⁶

Ressalte-se que a responsabilidade pela verificação do cumprimento do que está estabelecido no edital é responsabilidade da comissão de licitação, consoante art. 17 do Decreto nº 7.581/2011.

No tocante ao julgamento, há outra inovação disposta pelo regulamento do RDC. Nos parágrafos 1º e 2º do art. 7º do Decreto nº 7.581/2011 foi facultado à comissão de licitação realizar diligências que entender necessárias e, desde que não alterem a substância da proposta, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo. Entende-se que o dispositivo cinge-se a vícios relativos a aspectos de validade, descrição do objeto, forma de apresentação, prazo de entrega do bem e erros materiais.⁷⁷

Por óbvio, o referido dispositivo não deve se prestar ao saneamento de equívocos que ensejam a desclassificação da proposta, nos termos do que

⁷⁵ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 91.

⁷⁶ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷⁷ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

estabelece o art. 24 da Lei, bem como o art. 40 do Decreto. A título exemplificativo, não se considera de pouca relevância a eventual falha correspondente à incompatibilidade entre especificações técnicas exigidas e aquelas efetivamente apresentadas pelo licitante. Com efeito, percebe-se linha tênue entre o que é convalidável do que configura a desclassificação. Tal cenário enseja ainda mais cautela por parte da comissão de licitação.

Outro aspecto de grande relevância é a análise do valor ofertado pelo vencedor. A comissão de licitação deverá verificar se este é compatível e permite a execução do objeto, diante do conhecimento do orçamento elaborado pela administração, na hipótese de o valor ofertado ser substancialmente inferior ao orçado pela administração. E, em hipótese oposta, verificar se o valor vencedor ofertado está substancialmente acima do orçado pela administração.⁷⁸

2.4.5 Fase de habilitação

Na fase de habilitação, o RDC não buscou estabelecer maiores criações a respeito, uma vez que, em regra, foram acolhidas as disposições da Lei 8.666/1993.

O novo Regime prevê, como regra, a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas. Essa inversão de fases já era uma realidade no âmbito das contratações públicas no Brasil, porém, o novo Regime aprimorou tal situação de forma expressa.⁷⁹

Essa fase (de habilitação) é realizada posteriormente a abertura de propostas e, somente os documentos do vencedor do certame são verificados, ou seja, a análise de habilitação está adstrita ao licitante melhor classificado, não se estendendo a todos os licitantes. Aqui nos parece que o legislador teve o intuito de dar celeridade ao procedimento de contratação pública.⁸⁰

Convém mencionar que no caso de inabilitação do melhor classificado, serão

⁷⁸ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷⁹ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁸⁰ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

requeridos e avaliados os documentos de habilitação dos licitantes subsequentes, por ordem de classificação, a teor do art. 46 do Decreto 7.581/2011.

No novo Regime, há fase recursal única, que ocorre logo após a habilitação do vencedor. Nessa fase, são analisados pelo ente licitante os recursos referentes ao julgamento das propostas e à habilitação.⁸¹

2.4.6 Fase de impugnações ou esclarecimentos

No campo de atuação do RDC tem cabimento a formulação de pedidos de esclarecimentos, ou, ainda, impugnação a teor do instrumento convocatório. Na hipótese das cláusulas do edital não serem claras e precisas, restando dúvidas sobre o objeto licitado, caberá ao participante do certame pedido de esclarecimento. No caso de se vislumbrar desacordo do edital com o ordenamento jurídico caberá a sua impugnação.⁸²

O tratamento processual para os dois institutos é idêntico na norma, restando como única diferença entre eles a fundamentação, uma vez que um busca esclarecer determinado ponto obscuro, já outro busca extinguir legalidade que por ventura permeia o procedimento licitatório.

Por outro lado, a administração, obedecendo aos princípios da publicidade e da motivação dos atos administrativos, deve responder às impugnações ou pedidos de esclarecimentos de forma devidamente justificada, não se admitindo respostas evasivas ou insuficientes.⁸³

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito de petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Assim, a legitimidade para interposição é ampla para toda e qualquer pessoa, seja ela interessada ou não no certame. Benjamin Zylmer e Laureano Canabarro Dios⁸⁴ lembram que “não há

⁸¹ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁸² ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁸³ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁸⁴ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

necessidade de ter algum interesse jurídico afetado para solicitar a administração a manifestação sobre o edital”. Isso aumenta o controle popular favorecendo os preceitos constitucionais aplicáveis.

Referente aos prazos, o art. 45 da Lei 12.462/2011 tratou de disciplinar o assunto sem qualquer discriminação quanto à pessoa do impugnante, sendo de 02 (dois) dias úteis antes da abertura das propostas para caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; e 05 (cinco) dias úteis de antecedência caso se trate de certame para contratação de obras e serviços.⁸⁵

2.4.7 Fase de encerramento

Concluída a fase recursal, são admitidas as negociações com o vitorioso do certame que apresentou as qualidades mais proveitosas para a Administração. Com seu fim, o procedimento será encerrado e os autos encaminhados à autoridade superior competente para a adjudicação do objeto, homologação da licitação e convocação do licitante vencedor para a assinatura do contrato; acontecendo, preferencialmente, em atos contínuos.⁸⁶

Comprovada qualquer irregularidade sanável, a autoridade competente poderá ordenar a remessa dos autos para os agentes legais com o fito de que ela seja saneada. Havendo qualquer pendência, a autoridade superior, e, ainda, a comissão de licitação do Órgão licitante, poderão determinar a realização de diligência com o fim de sanear determinadas omissões que não representem vício insanável. Aqui parece lógico tal medida, pois, preserva o certame licitatório dando a ele maior flexibilidade e transparência. Na hipótese de vício insanável, o procedimento deverá ser anulado, ou, regovado por motivos de conveniência ou oportunidade da administração.⁸⁷

Na hipótese da não assinatura do licitante vencedor quando convocado, a administração poderá convocar os licitantes remanescentes na ordem de

⁸⁵ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁸⁶ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

classificação do certame e nas condições da proposta vencedora, ou, revogá-lo, sem prejuízo das cominações legais. Caso nenhum dos licitantes restantes esteja em conformidade para formalizar o contrato nas condições da proposta vencedora, a Administração poderá celebrar o contrato na forma das propostas realizadas por esses licitantes, desde que o valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a devida contratação, na forma da lei.⁸⁸

2.5 Aspectos controversos do RDC

O advento do RDC trouxe à baila alguns aspectos controversos. Um deles diz respeito à regra de sigilo do orçamento de referência da administração, prevista no artigo 6º da Lei 12.462/2011. Tal controvérsia, contudo, será tratada de forma especial no capítulo 3 do presente trabalho.

Não obstante, existem outros aspectos controversos que merecem destaque, os quais serão sucintamente abordados neste tópico. O primeiro deles diz respeito à constitucionalidade formal da lei que instituiu o RDC. O segundo, por sua vez, trata da Contratação Integrada que é submodalidade do RDC. O terceiro trata dos mecanismos de incentivo econômico.

Tais aspectos, todavia, não esgotam a matéria controversa, sendo, portanto, exemplos de pontos a serem debatidos mais profundamente noutros trabalhos que envolvam a temática.

2.5.1 Inconstitucionalidade formal

Com o advento do novo Regime, muitas foram as discussões acerca da sua constitucionalidade. Os Partidos da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Partido Popular Socialista (PPS) ajuizaram perante a Corte Suprema a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) 4645 para declarar inconstitucional a Lei 12.462/2011. Essa, por sua vez, resultou da Medida Provisória nº 527 de 2011.

Argumentaram os partidos que a lei do RDC afronta o art. 37 da CF/88, fundamentando a ação nos arts. 103, inciso VIII e 102, inciso I, alínea “a” e “p”,

⁸⁸ ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

regulamentados pela Lei Federal 9.868/1999.

A ausência dos pressupostos constitucionais necessários à edição da Medida Provisória é um dos maiores entraves discutidos na referida Adin. Para os autores da ação, a MP 527 de 2010 foi editada sem observância ao art. 62 da CF/88 que estabelece os pressupostos de relevância e urgência como elementos imprescindíveis para atos normativos.

Inicialmente, o RDC não constava do texto original da Medida Provisória referenciada que, por sua vez, somente tratava da reorganização da Presidência da República e dos Ministérios. Assim, o RDC foi inserido no bojo do projeto de lei de conversão através de medida do relator.

Ensina a doutrina constitucionalista que, na hipótese da norma conter erro na observância da competência ou nas regras relativas ao processo definido na Constituição Federal estará configurada a inconstitucionalidade formal da regra.

Os vícios relativos à formalidade prejudicam o ato normativo sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos procedimentos e pressupostos relativos às disposições que formam a lei.

Nesse contexto, convém citar ensinamentos do constitucionalista Gilmar Mendes⁸⁹, no sentido de que “[...] os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência [...]”.

Assim, nos parece evidente a inconstitucionalidade formal do RDC, por afrontar procedimento constitucional, bem como, infringir regras de competência ao inserir o Regime no bojo do projeto de lei através de medida do relator. Deste modo, deixou-se de respeitar o processo legislativo para criação da norma.

Segundo a Adin 4645, inúmeras são as razões de relevância para que seja declarada inconstitucional a Lei 12.462/2011. Todavia, duas são elementares: o transbordamento dos limites constitucionais ao poder de emenda, por parte da relatoria em fundamento do oferecimento de emenda parlamentar com matéria

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1170.

desconhecida ao objeto da tese originária; e a criação de impedimentos injustos ao poder de emendar dos demais parlamentares.

Fato evidente é que há ocorrência de vício de inconstitucionalidade, de natureza formal, consequência do abuso do poder de emendar, no âmbito do processo de conversão da Medida Provisória nº 527.

2.5.2 Contratação integrada

Diferentemente da licitação tradicional, o RDC não estabelece limites em função do preço estimado da contratação de obras e serviços de engenharia. Uma das searas do novo Regime consiste na possibilidade de utilização da chamada contratação integrada nas licitações de obras e serviços de engenharia, com previsão nos artigos 73 a 76 do Decreto 7.581/2011, que regulamenta a lei do RDC.

Essa sub-modalidade compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Tal dispositivo confere ao procedimento licitatório uma fase única.⁹⁰

Nessa contratação, todas as operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto ficam por conta de única empresa. Com o intuito de aumentar a competitividade, permite-se a contratação de mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, excetuados os serviços de engenharia.⁹¹

A contratação integrada promove a abreviação de ritos somando diversos procedimentos que seriam necessários sob o ponto de vista da licitação nos modelos usuais, resumindo fases interna e externa. Seu fundamento encontra está na ideia movedora do diploma: procedimento licitatório favorecedor dos quesitos

⁹⁰ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 30 jul 2014.

⁹¹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 30 jul 2014.

economia de tempo e diminuição de custos com o melhor aproveitamento possível.⁹²

Uma crítica positiva, atribuída à contratação integrada, é o fato desta trazer vedação quanto aos aditivos. Acreditamos que seja uma forma de se evitar um velho costume pátrio em que o licitante encerrava a contratação no menor preço possível, e, posteriormente, a elevava de modo significativo por meio de aditivos contratuais. A modalidade de contratação apresentada possui vedação legal à celebração de termos aditivos aos contratos formalizados, exceto quando necessário para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro, quando oriundo de caso fortuito ou força maior. Ou, diante da necessidade de alteração do projeto ou das especificações técnicas para melhor adequação à finalidade pública a que se destinam e sempre mediante pedido da Administração, desde que tal alteração não seja decorrente de erro ou omissões de conduta dos contratados, respeitando os limites impostos na Lei de Licitações.⁹³

Por outro lado, verifica-se, na contratação integrada, variável de grande risco. Isso porque o particular deverá desenvolver os projetos e, em seguida, executá-los. Contudo, para que os projetos sejam desenvolvidos, deve haver anteprojeto, elaborado pela administração, que permita estabelecer os contornos do que se deseja enquanto produto final, para que o particular possa fornecê-lo de forma adequada.

Na prática, isso não nos parece tarefa simples, porquanto na hipótese de insucesso do particular na tarefa de entregar o produto com o orçamento disponível, a incerteza quanto ao anteprojeto fornecido pela administração pode ser alegada por ele e, com efeito, corre-se o risco da banalização das regras de exceção que permitem o aditamento contratual. Destarte, a simples previsão legal que imputa ao particular inúmeras responsabilidades não garante à administração a devida blindagem quanto à responsabilidade sobre o produto que será entregue.

Sobre o tema, cabe citar posicionamento de Guilherme Fredherico Dias

⁹² REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 30 jul 2014.

⁹³ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 30 jul 2014.

Reisdorfer⁹⁴:

“[...] a instituição do regime de contratação integrada retrata a tentativa de eliminar esses riscos provocados por um planejamento deficiente. [...] A ausência de projeto básico implicará novos problemas e exigirá uma nova postura de controle da Administração no curso da execução do contrato. Para obter uma contratação efetivamente mais eficiente, é indispensável dispor de parâmetros suficientes para orientar de forma suficiente a elaboração de propostas[...]”.

2.5.3 Mecanismos de incentivo econômico

Os mecanismos de incentivo econômico são considerados pela doutrina um “*plus*”. Primeiramente, a remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, permite o pagamento de bônus subordinado ao atingimento de metas, levando em consideração o padrão de qualidade, os critérios de sustentabilidade e a observação do prazo de entrega.

O segundo adicional reside no contrato de eficiência que demonstra vantagem em relação ao primeiro. Nesse caso, a administração irá remunerar de modo parcial, baseado no critério de economia gerada para a administração. Destarte, quando houver resultado positivo, com vantagem econômica para a administração, tal vantagem será convertida em adicional pecuniário para o contratado.

A crítica que pode ser imputada a esses dois pontos se verifica na possibilidade de que sejam utilizados critérios subjetivos de beneficiação do contratado que podem levar à configuração de benefícios ilícitos. Na medida em que seja possível estabelecer critérios objetivos de mensuração de tais benefícios, utilizando estudo técnico e histórico de comportamento de contratações análogas pregressas, há possibilidade de que a inovação seja benéfica para a administração.

⁹⁴ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 30 jul 2014.

3 SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO NO RDC

3.1 Previsão legal e finalidade

O advento do RDC trouxe, como uma de suas inovações, a necessidade de sigilo do orçamento de referência elaborado pela administração. Tal exigência encontra-se positivada no art. 6º da Lei 12.462/2011, *in verbis*:

“Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.”⁹⁵

Da interpretação sistemática dos aludidos dispositivos, tem-se que, a despeito da necessidade de o orçamento ser sigiloso, ele não o será nas hipóteses em que requererem seu conhecimento os órgãos de controle interno e externo. Tem-se, portanto, que a regra em estudo não é absoluta. Ao contrário, em sua origem, ela já possuía relativização prevista no §3º. Demais disso, nos casos em que o critério de julgamento for o maior desconto ofertado, por óbvio, faz-se necessário que os licitantes conheçam o valor orçado pela administração. Nessa última hipótese, da mesma forma, não há se falar em sigilo.

Ressalvadas as hipóteses de exceção previstas, como regra, tem-se, em primeira análise, que o orçamento de referência elaborado pela administração deverá ser mantido sob sigilo. Ele somente será tornado público quando do encerramento da licitação.

Essa é, indubitavelmente, das significativas alterações propostas pelo RDC, em comparação à Lei Geral de Licitações. Porém, qual seria a finalidade de tal medida? Para responder a essa pergunta, fez-se necessário buscar diversificadas fontes de informação.

⁹⁵ BRASIL. Lei 12462. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 30 de jul. de 2014.

Em entrevista concedida no dia 17 de junho de 2011 pela Presidente da República, Dilma Rousseff, responsável pela edição da MP 527 que deu origem à lei do RDC, essa afirmou que a opção pelo sigilo do orçamento seria instrumento de coibição dos chamados cartéis de editais de licitação. Complementou afirmando que o objetivo do regime seria o de reduzir o preço das obras. Em seguida, concluiu sua tese⁹⁶:

“Para evitar que a pessoa que está fazendo a oferta utilize a prática de elevação dos preços e formação de cartel, qual é a técnica que se usa? Você não mostra para ele qual é o seu orçamento, mas quem fiscaliza sabe direitinho qual é o valor.”

Outro ponto de vista sobre os objetivos da medida inovadora é exposto por Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira⁹⁷, como sendo:

“[...] a proteção ao erário, assegurando que as propostas dos licitantes correspondam a um valor pelo qual estejam dispostos a executar a obra, sem que os preços convirjam artificialmente para patamares próximos ao orçamento anunciado, quando poderiam ser mais baixos [...]”.

Relevante manifestação sobre o tema é prestada, também, por Maria Sylvia Zanella di Pietro⁹⁸, em entrevista junto à Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

“Essa medida é ótima. No Decreto Lei 2300 não havia a exigência de divulgação do orçamento estimado e ninguém nunca criticou. Também a lei do pregão não exige. Fala-se muito em superfaturamento. Acho que o superfaturamento começa dentro da própria Administração Pública com a elaboração desse orçamento estimado. Se ele não for conhecido previamente, cada licitante fará a sua própria pesquisa de preço e de mercado e apresentará o orçamento sem nenhuma influência por parte da Administração. Se o orçamento estimado é divulgado previamente à apresentação das propostas, os licitantes não vão fugir muito de seu conteúdo. O orçamento estimado é útil para a própria Administração Pública, para fins de avaliação das propostas. Defendo que a publicação, antes da apresentação das propostas, deve ser proibida.”

De fato, não raro, verifica-se nos procedimentos licitatórios realizados por intermédio da Lei Geral de Licitações relativo vício que, indiretamente, é desencadeado pela publicidade do orçamento de referência constante do edital.

Os licitantes, tendo pleno conhecimento do orçamento estimativo elaborado pelo administrador, e, tal como já disposto, sempre interessados em contratar com a

⁹⁶ Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2011/06/para-dilma-sigilo-de-orcamento-disponivel-para-obras-evita-cartel>>. Acesso em 30 jul 2014.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 92

⁹⁸ Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1462.pdf>>. Acesso em 15 set 2014.

administração pelo valor mais próximo do orçamento de referência, por vezes, entram em conluio entre si, decidindo sob seus critérios próprios de mercado quem será o vencedor do certame e, inclusive, combinam os valores prévios a serem ofertados. Dessa maneira, entre eles, já se sabe qual será o valor vencedor e este, naturalmente, será o mais próximo possível do valor orçado pela administração.

Essa circunstância, verificada em grande parte das licitações, configura falha no procedimento que, ideologicamente, foi pensado para que houvesse a maior competitividade possível entre os licitantes e, por consequência, a oferta do menor valor de mercado. A prática da combinação entre os licitantes acaba por mitigar a obtenção, pela administração, da proposta mais vantajosa.

Conjugando as informações, depreende-se que a iniciativa de tornar sigiloso o orçamento administrativo em todas as fases que antecedem o término da licitação do RDC teve por objetivo modificar o comportamento dos licitantes que, diante do desconhecimento do valor máximo pelo qual a Administração está disposta a contratar, se veriam obrigados a ofertar menores preços visando vencer o certame.

Dito de outra forma, a defesa do orçamento sigiloso, até o momento de conclusão do certame, se ampara na consecução de ofertas mais vantajosas para a administração, motivadas pelo incentivo a comportamentos competitivos por parte dos licitantes.

3.2 Críticas da doutrina

Em contraponto à inovação legislativa em estudo, existem diversos eixos que defendem a publicidade ampla e irrestrita do orçamento administrativo. Um deles defende, em essência, que o sigilo do orçamento fere o princípio da publicidade, esculpido na Constituição Federal de 1988.

Essa corrente doutrinária sustenta que a fase recursal, na qual ainda não se encontra divulgado o orçamento estimado pela administração, será substancialmente prejudicada, notadamente àqueles derrotados no certame, tendo em vista que parte dos argumentos de sua defesa pode cingir-se ao cálculo utilizado para confecção do orçamento da administração. E, destarte, não se é possível argumentar sobre aquilo que não se conhece.

Em outra linha argumentativa, Marçal Justen Filho⁹⁹ ressalta que não há qualquer estudo científico que apresente dados concretos, os quais sustentem que a divulgação do orçamento estimado elaborado pela Administração Pública reduz, de fato, a competição entre os licitantes.

Outra tese que aponta aspectos negativos no sigilo do orçamento é o chamado risco derivado, motivado em razão de que parte dos agentes públicos responsáveis pela realização do certame necessita conhecer os valores do orçamento sigiloso. Nesse sentido, haveria risco relativo à conduta do agente público que poderia, de forma ardil, fornecer informações a determinado licitante que, por sua vez, teria a vantagem em relação aos demais e, possivelmente, sagrar-se-ia vencedor do certame. Sobre esse aspecto, defende Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira, *in verbis*:

“[...] a manutenção do segredo acerca do orçamento ou preço máximo produz o enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas antes da Lei nº 8.666. É que, se algum dos licitantes obtiver (ainda que indevidamente) informações acerca do referido valor, poderá manipular o certame, formulando proposta próxima ao mínimo admissível. O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a condutas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar esse praxe.”¹⁰⁰

Reitera-se que a inconstitucionalidade da Lei 12.462/2011 foi suscitada por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4645. Nela, um de seus sustentáculos está, justamente, no que dispõe o art. 6º, ou seja, na alegação de que esse dispositivo ofende o princípio da publicidade, postulado constitucional. Entretanto, registre-se que o mérito da referida Adin ainda não foi apreciado pela Suprema Corte.

Em primeira análise, verifica-se que as ponderações daqueles doutrinadores que se posicionam de forma contrária ao sigilo do orçamento estimado não merecem prosperar. Cumpre esclarecer que o princípio da publicidade visa garantir, no tocante às licitações públicas, em essência, a participação do maior número de interessados no certame, a proteção à igualdade entre os licitantes e a possibilidade de amplo controle da atividade administrativa na licitação e no contrato dela

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

decorrente. Ora, é notória a preservação desses objetivos ainda que o orçamento estimativo seja divulgado em momento imediatamente posterior ao resultado da licitação, ou seja, ainda que a regra disposta no art. 6º da Lei 12.462/2011 seja aplicada. Destarte, não há prejuízo à observância do princípio da publicidade.

A lacuna de sigilo cinge-se aos aspectos de preço, considerando que todo o quantitativo de insumos necessários ao fornecimento do objeto a ser licitado deve, necessariamente, constar do instrumento convocatório, senão vejamos:

“Nem se diga que os licitantes não teriam parâmetros para a elaboração de suas propostas, no âmbito do RDC. Note-se que a Lei nº 12.462 não afastou o dever de a Administração fornecer, juntamente com o edital, os quantitativos do objeto licitado e todos os demais elementos necessários para a elaboração das propostas (art. 6º, §3º). O art. 6º tão somente autorizou a não divulgação prévia do orçamento estimado. Todos os demais dados necessários à formulação da proposta deverão ser fornecidos aos interessados em disputar o objeto licitado.”¹⁰¹

No tocante à legítima preocupação da doutrina quanto aos riscos de que os agentes públicos, responsáveis pela condução da licitação, eventualmente privilegiem determinado licitante com a informação do valor do orçamento estimativo, entende-se que tal disfunção do regime não o invalida. A eventual prática de conduta do agente público que vá de encontro à legalidade, deverá ser apurada com rigor absoluto e punição dos eventuais responsáveis. Ademais, caso haja dúvidas quanto à lisura do procedimento licitatório, não apenas sobre o sigilo do orçamento, caberá a invalidação do procedimento.

Destarte, em que pese o risco de que o valor do orçamento, o qual deve se manter preservado em sigilo até a conclusão do certame, ser divulgado de forma ardil e ilegal, trata-se de apenas uma das inúmeras possibilidades de ilegalidade praticada no âmbito de determinada licitação.

Além disso, não se pode partir da premissa da conduta ilegal para invalidar a tentativa de se estimular a competição entre os licitantes e de se obter propostas mais vantajosas para a administração, em consagração aos princípios da economicidade e eficiência.

Antes de qualquer posicionamento quanto à constitucionalidade do art. 6º,

¹⁰¹ CARDOSO, André Guskow. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A questão da publicidade do orçamento estimado*. In JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.95

faz-se necessário discutir os limites de aplicação do princípio da publicidade. Mais: é necessária reflexão sobre a medida de equilíbrio entre os princípios constitucionais, posto que, a despeito de serem todos de grande importância, na medida em que se exerce o juízo de ponderação sobre determinado comando legal, um postulado inevitavelmente reduz a atuação do outro.

Em síntese, a discussão da doutrina quanto à legalidade, ou não, de se manter a inovação da lei, qual seja, de manter preservado em sigilo o orçamento de referência elaborado pela Administração, é rica e, em primeira análise, indica, majoritariamente, a constitucionalidade do dispositivo, pois esse preserva o alcance precípua do princípio da publicidade e, em contrapartida, estimula o aquecimento da concorrência entre os licitantes, contribuindo para a coibição do conluio entre eles, para, ao final, obter proposta ainda mais vantajosa, em homenagem ao princípio da economicidade.

Não se olvida que há lacunas a serem dirimidas, tais como o momento pelo qual a divulgação do orçamento deverá se dar. Sobre esse momento adequado ainda pairam controvérsias. Contudo, ainda que existam arestas, é benéfica a tentativa do legislador de se imprimir nova dinâmica de competição às contratações públicas, pois elas visam, sobretudo, contratações com maior desconto e maior vantagem ao erário. Isso, por sua vez, significa garantir a manutenção do interesse público como foco principal.

3.3 Impactos da medida no âmbito da jurisprudência do TCU

O presente tópico se propõe a apresentar alguns relevantes posicionamentos do Tribunal de Contas da União – TCU sobre a matéria em estudo. Isso porque, não obstante seu caráter recente, já há julgados daquela Corte de Contas que sinalizam sutis alterações interpretativas da Lei do RDC que podem interferir no comportamento da regra.

A partir da jurisprudência do TCU, que abarca licitações de grande monta, é possível identificar o comportamento fático da regra e, com efeito, proceder a uma avaliação preliminar, para esse pequeno universo, quanto ao alcance do objetivo do sigilo do orçamento. Demais disso, é possível identificar se a inovação legal gerou

impactos nos determinados casos julgados e, a partir desse conhecimento, avaliá-los de modo positivo ou negativo.

Em 08 de novembro de 2012, o TCU publicou o Acórdão 3011 que cuidou de inúmeras questões relativas a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Dentre elas, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeronáutica (INFRAERO). Um dos aspectos examinados pela Corte de Contas foi identificar o estágio de todas as intervenções que então estariam sendo realizadas para melhoria dos aeroportos das cidades sede da Copa do Mundo FIFA 2014.

Na ocasião, o TCU identificou que a INFRAERO havia fracassado em diversas licitações, nas quais os orçamentos foram legalmente mantidos em sigilo, nos termos da Lei do RDC, tendo em vista que os preços de todos os licitantes ficavam, sempre, acima do valor orçado pela administração, senão vejamos:

“Há, finalmente, um último juízo a fazer acerca dessa área de investimentos; especificamente em consequência do recente fracasso da licitação em Confins. Situação semelhante já havia ocorrido em João Pessoa, na contratação do projeto para ampliação do estacionamento; e em Recife, na licitação para a construção da torre de controle. Em Salvador, após o procedimento eletrônico aberto findado no último dia 26 de outubro, a melhor proposta também teve preços superiores ao estimado pela Administração. Sem contar outros procedimentos em que o “melhor preço” foi superior ao estimado, mas em etapa posterior conseguiu-se negociar valor abaixo dos inicialmente previstos, com descontos diminutos em relação ao valor-base.”¹⁰²

Vislumbrou o órgão de controle externo que, dada a necessidade de se contratar com agilidade as obras necessárias às melhorias dos aeroportos, a INFRAERO poderia abrir mão da regra do sigilo do orçamento com a finalidade de eliminar os riscos de os novos procedimentos continuarem não logrando êxito, ante aos reiterados casos em que a melhor proposta estava em valor superior ao valor do orçamento sigiloso. Tal medida se justificaria em razão de que, a cada fracasso, perdia a Administração eficiência na contratação da obra necessária.¹⁰³

Especificamente nesse caso, em prol de seu argumento, defendeu o TCU

¹⁰² Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3011-45/2012, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 08/11/2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20121112/AC_3011_45_12_P.doc> Acesso em 30 jul 2014

¹⁰³ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3011-45/2012, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 08/11/2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20121112/AC_3011_45_12_P.doc> Acesso em 30 jul 2014

que obras portuárias e aeroportuárias são dotadas de serviços complexos e de difícil parametrização. Isso, por sua vez, aumenta a dificuldade de orçar as obras e, nesse sentido, é razoável que os orçamentos não acompanhem o parâmetro estabelecido pela administração:

“Esses estudos podem resultar em preços maiores ou menores que os do edital; e isso é tão mais verdade, quanto mais complexo e mais oneroso for o serviço. Se o mercado entender como maiores aqueles encargos, existirá uma grande possibilidade de fracasso do certame licitatório, por preços ofertados superiores aos valores paradigma. Muitas vezes, a licitação é "salva" por um argumento pertinente oferecido por um dos interessados; inclusive no que se refere à viabilidade do preço estimado.

75. Concluo, então, que, como o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento.

[...] O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas.”¹⁰⁴

Do posicionamento constante do citado acórdão, tem-se que o sigilo do orçamento não seria mais imposto ao administrador. Mas, resultado de seu juízo de conveniência e oportunidade, eivado de motivação, e, conjugando as circunstâncias e natureza do bem a ser licitado. No caso do julgamento, verificou-se que a finalidade do sigilo do orçamento não foi atingida. Importa acrescentar que não nos parece algo surpreendente. Isso porque, a despeito do nobre propósito de se coibir o conluio entre os licitantes, infelizmente, ele ainda poderá persistir, mesmo na presença da regra em exame.¹⁰⁵

A hipótese do conluio, em verdade, contribui para mitigar a medida e, indubitavelmente, ante ao caso citado, verifica-se que, de fato, ele vem contribuindo para tal mitigação. Isso porque os licitantes, mesmo desconhecendo o valor orçado, podem ofertar preços substancialmente superiores aos estimados pela

¹⁰⁴ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3011-45/2012, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 08/11/2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20121112/AC_3011_45_12_P.doc> Acesso em 30 jul 2014

¹⁰⁵ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3011-45/2012, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 08/11/2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20121112/AC_3011_45_12_P.doc> Acesso em 30 jul 2014

administração e, nesse caso, negocia-se com o primeiro colocado até que se atinja, inevitavelmente, o preço imediatamente inferior ao orçado. Contudo, o preço estará bem próximo dele. Essa situação, além de garantir pífio desconto para a administração, contribui para a morosidade do procedimento.

Percebe-se, portanto, que o sigilo do orçamento não tem o condão de coibir o conluio entre os participantes. Aliás, na hipótese de que ele exista, há forte probabilidade de fracasso do procedimento, porquanto as propostas estarão notadamente acima do valor orçado e posto em sigilo. Tal cenário pesa em desfavor da medida ante ao comprometimento da eficiência e economicidade.

Em 27 de fevereiro de 2013, o TCU publicou o Acórdão 306 que, também, tratou da temática do sigilo do orçamento. Nele, estava sob análise licitação para realização da reforma do terminal de passageiros e acesso viário do aeroporto internacional de Salvador/BA, obra inserida no rol daquelas que deveriam ser concluídas antes do início da Copa do Mundo FIFA 2014. O certame objeto da decisão utilizou o RDC eletrônico, tendo como critério de julgamento o menor preço.

Da aludida decisão, nova importante manifestação foi exarada pelo Ministro Valmir Campelo:

“27 De modo objetivo [...] existem situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação.

28. Se a "menor proposta" (em casos de licitações pelo menor preço) for superior ao valor máximo admitido, existem duas possibilidades: a primeira é de, na fase de negociação, a licitante abaixar sucessivamente seu preço para tentar atingir a "cota" permitida, em um processo de tentativas e erros – quase um jogo de "quente e frio". Na prática, o "sigilo" seria quebrado no exato momento em que o preço atingir o teto de contratação. Nessa hipótese, a manutenção do sigilo só tornou o processo mais moroso, situação que, na busca pela eficiência (princípio explícito do RDC), inclusive no que se refere ao tempo para contratação, parece-me um contrassenso.

29. A outra hipótese é que, após consecutivas tentativas, a licitante não atinja o preço máximo admitido. A licitação restar-se-ia, então, fracassada. O próximo passo, por óbvio, seria empreender uma nova análise do orçamento, de modo a verificar-lhe a exequibilidade. Caso se decida, porém, pela manutenção do preço paradigma, a Administração correrá o risco de, novamente, ter o certame mal sucedido.

[...]

Entendo o orçamento fechado como uma possibilidade – talvez uma preferência – mas não uma meta compulsória. Tal conclusão é a que mais se aproxima do espírito geral do Regime. Novamente, em se tratando das múltiplas possibilidades para definir o que vem a ser a melhor proposta, basta motivar o caminho de maior conveniência, dentro dos novos regimentos e dos ideais de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade.

[...]

39. Feita a digressão, se tomada a condição de o orçamento sigiloso ser

uma plausibilidade, pode-se questionar se o fato de todas as propostas terem sido superiores ao paradigma não seriam condição para abertura dos preços. No caso concreto, afinal, existe uma meta de tempo a ser atingida, que é o término tempestivo da obra para a Copa do Mundo. Se mesmo após a abertura do orçamento na fase de negociação não restar proposta classificada (dentre as licitantes chamadas à negociação), a próxima licitação poderia ser feita com orçamento público.”¹⁰⁶

Em processo de ratificação do entendimento mantido no acórdão anterior, o TCU se manifesta pelo caráter facultativo da regra do sigilo do orçamento, tendo em vista os prejuízos na esfera da eficiência. A esse respeito, aliás, salienta o paradoxo da regra que foi idealizada para incrementar economicidade e a própria eficiência aos procedimentos de contratação pela Administração Pública.¹⁰⁷

No entanto, não é razoável desprezar a regra do sigilo. Isso porque, em muitos casos, a administração vem obtendo descontos expressivos. Cita-se, a título exemplificativo, o Acórdão 305, também publicado em 27 de fevereiro de 2013, resultante de relatório de auditoria nas obras de reforma, ampliação e restauração de pistas de pouso do aeroporto de Cofins/MG:

“7. Em última informação inscrita no sítio eletrônico da Infraero na internet, consta que a licitação foi homologada pelo consórcio formado pelas empresas Construtora Cowan S/A e Conserva de Estradas Ltda., no valor ofertado de R\$ 199.044.986,52, em um desconto superior a R\$ 58 milhões (22% do valor base). Pode-se, diante disso, tanto festejar o sucesso do RDC eletrônico, como também – e por que não – o do sigilo do orçamento, revelado somente após a publicação da classificação.”¹⁰⁸

Verifica-se que a regra do sigilo do orçamento vem gerando impactos positivos e negativos. Os impactos positivos esperados estão associados, inequivocamente, a descontos expressivos. Nessa hipótese, não se olvida, os licitantes estão, de fato, disputando, entre eles, o contrato com a administração.

No entanto, na hipótese de que tais licitantes, alheios à regra do sigilo, estabelecerem, entre eles mesmos, valores de proposta superestimados, não há

¹⁰⁶ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 306/2013, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 27/03/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130306/AC_0306_06_13_P.doc> Acesso em 30 jul 2014

¹⁰⁷ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 306/2013, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 27/03/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130306/AC_0306_06_13_P.doc> Acesso em 30 jul 2014

¹⁰⁸ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão 305/2013, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 27/02/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130301/AC_0305_06_13_P.doc> Acesso em 30 jul 2014

disputa. Nesse caso, grande é a probabilidade de que tais valores estejam substancialmente acima do valor orçado pela administração. Isso porque a disputa entre eles deu lugar ao conluio. Nessa situação, a regra resta infrutífera, posto que se dará início à fase de negociação na qual se chegará a valor de desconto de pequena relevância, pois muito próximo daquele orçado. Isso, por sua vez, leva a um procedimento de licitação que não prima pela eficiência e, tampouco, pela economicidade. Com efeito, paradoxalmente, a regra vai de encontro aos objetivos e princípios por ela objetivados.

CONCLUSÃO

O advento do RDC aponta para novos caminhos a serem trilhados pelas contratações a serem realizadas pela Administração Pública. É que o instituto valoriza a sustentabilidade econômica, social e ambiental, rompendo com entraves burocráticos que, já há alguns anos, fazem do procedimento previsto na Lei Geral de Licitações excessivamente formalista e moroso.

Analisando o RDC sob a ótica das inovações introduzidas no ordenamento jurídico, conclui-se que algumas de suas peculiaridades podem ser enxergadas como avanço na legislação administrativa. Dentre esses avanços, convém citar a introdução de novos critérios de julgamento, as diretrizes que buscam a proteção da sustentabilidade ambiental; o melhor custo benefício; o estabelecimento de cláusulas de desempenho que permitam a remuneração variável.

Não se olvida, contudo, que o novo regime possui aspectos controversos que podem invalidá-lo. Exemplo mais latente está na já arguida inconstitucionalidade formal da Lei 12.462/2011, por intermédio da Adin 4645, ainda não julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Tem-se a impressão de que o afã pela instituição do RDC, face à urgência na conclusão dos compromissos dos eventos esportivos mundiais, ensejou falhas no processo legislativo que o originou.

No tocante à regra de sigilo do orçamento estimado pela administração, verifica-se que a intenção do legislador foi eliminar a histórica prática do conluio entre os licitantes que, desconhecendo o valor máximo pelo qual a administração deseja contratar, tenderiam a ofertar maiores descontos.

Em análise preliminar, ter-se-ia a impressão de que a regra ofende o princípio constitucional da publicidade. Entretanto, não há se falar em cerceamento de tal princípio, mas, tão somente, da redução de sua intensidade, porquanto o interesse da medida visa ao alcance de maiores descontos em benefício da Administração, em homenagem ao princípio da economicidade. Assim, há se falar em colisão de princípios. Ademais, o sigilo se dá entre todos os licitantes, preservando a isonomia e, ao mesmo tempo, é garantido o acesso ao orçamento sigiloso pelos órgãos de controle interno e externo.

Importa destacar que a regra do sigilo do orçamento, consoante posicionamento do TCU, não é impositiva. Ao contrário, ela deve ser utilizada a partir do juízo de conveniência e oportunidade do licitante. É que o impacto positivo da regra, contratação com maiores descontos, será obtido na hipótese de verificação de efetiva disputa entre os licitantes. Isso, por sua vez, está diretamente ligado à complexidade do objeto da licitação. Ou seja, caso o mercado possua diversas empresas com notória expertise no ramo e, por óbvio, interessadas em contratar com a Administração.

Por outro lado, o impacto da regra será negativo na hipótese de que haja grande incerteza quanto à precificação do objeto licitado, tamanha sua complexidade. Nesses casos, há grande probabilidade de os licitantes ofertarem preços acima do orçamento, o que irá levar ao atraso da conclusão do procedimento e, também, à contratação com desconto ínfimo. Nessa última hipótese, a regra terá contribuído para redução da economicidade e eficiência do procedimento.

Em que pese o nobre objetivo do sigilo do orçamento, seu impacto nos casos fáticos foi incerto. O objetivo de eliminar o conluio entre licitantes não foi alcançado. Isso porque, entre eles, pode continuar havendo o estabelecimento de tetos orçamentários notadamente superiores aos orçados pela Administração. Com efeito, o procedimento acaba por ser onerado em tempo e, iniciada a fase de negociação com aquele que mais se aproximou do valor, tem-se o que se denominou pelo TCU de “jogo de quente e frio”, até se chegar a valor bastante próximo do orçado e, conseqüentemente, não sendo atingido o objetivo de obter contratações mais vantajosas.

Diversamente, quando há, de fato, competição entre os licitantes, percebe-se que a medida é efetiva. Porém, a coibição do conluio entre eles não depende da regra, mas sim da postura subjetiva dos competidores.

A despeito desse revés da regra em estudo, não se pode invalidá-la, posto que, em muitos casos, a Administração tem conseguido contratar com valores substancialmente menores aos orçados. Acredita-se que, em todos esses casos, a disputa entre os licitantes, de fato, se verificou.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vítor Lanza. *Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013;
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004;
- CAMMAROSANO, Mário; DAL POZZO, Augusto Neves e VALIM, Rafael. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: Aspectos Fundamentais*. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011;
- CARDOSO, André Guskow. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A questão da publicidade do orçamento estimado*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2010;
- JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Belo Horizonte: Fórum, 2013;
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010;
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo:

Saraiva, 2010;

MOREIRA, Egon Bockmann e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012;

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho, *RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

ZYMLER, Benjamin e DIOS, Laureano Canabarro. *RDC Regime Diferenciado de Contratação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999;

MAURANO, Adriana. *A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns*. Disponível em: <jus.com.br/artigos/4879/a-instituicao-do-pregao-para-aquisicao-de-bens-e-contratacao-de-servicos-comuns>. Acesso em: 27 mai. de 2014;

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 30 jul. de 2014;

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de jul. de 2014;

BRASIL. *Lei 8666*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 30 de jul. de 2014;

BRASIL. *Lei 12462*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 30 de jul. de 2014;

BRASIL. *Decreto* 7581. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>.
 Acesso em: 30 de jul. de 2014;

Brasil. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3011-45/2012*, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 08/11/2012. Disponível em:
 <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20121112/AC_3011_45_12_P.doc>. Acesso em 30 de jul. de 2014;

Brasil. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 306/2013*, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 27/03/2013. Disponível em: <
http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130306/AC_0306_06_13_P.doc>. Acesso em 30 de jul. de 2014;

Brasil. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 305/2013*, Plenário, rel. Min. VALMIR CAMPELO, Sessão de 27/02/2013. Disponível em: <
http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130301/AC_0305_06_13_P.doc>. Acesso em 30 de jul. de 2014;

Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2011/06/para-dilma-sigilo-de-orcamento-disponivel-para-obras-evita-cartel>>. Acesso em 30 jul 2014;

Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1462.pdf>>.
 Acesso em 15 set 2014.